الجلد الرابع
من
كتاب البرهان

شرح مواهب الرحمن كلا المتن والشرح
لمولانا خاتمة المحققين ورئيس المدققين
العلامه الفهامه الشيخ ابراهيم
الشهير بالبرهان الترابلسى
الحنفي نفعنا الله به واعاد
علينا من بركاته وبركات
علومه في الدنيا
والاخرة آمين
يارب العلمين

بسم الله الرحمن الرحيم

باب تنويع الاجير وحكمه وتوابع الاجارة

لما فرغ من بيان انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في
بيان تنويع الاجير وحكمه وفيما يتبعها فقال ان استوجر
انسان بمنفعة تعلم بذكر المدة كالخدمة سنة كان لمنفعة
اجيرا خاصا ويسمي اجير وحدٍ لانه لا يمكنه ان يعمل في
تلك المدة لغيره لان العقد ورد علي منافعه وذكر العمل
ليصرف منافعه المستحقة الي تلك الجهة ويستحق الاجر
بتسليم نفسه اليه فيها اي في المدة وان لم يعمل له شيئا
او نقص العمل لان تسليم المنفعة غير ممكن فاقيم تسليم
العين مقامها ليتمكن من الانتفاع ولا يضمن ما تلف
في يده لان العين امانة في يده بالاجماع اما عنده فظاهر
وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان
عندهما صيانة لاموال الناس لما سياتي او تلف بالعمل
المعتاد لانه لما سلم نفسه صار عمله كعمل رب المال
وهذا لان منافعه صارت مملوكة للمستاجر وصار هو
نائبا منابه في الفعل فكانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه
وان استوجر لمنفعة تعلم ببيان المحل كخياطة هذا

الثوب

الثوب وكصبغه كان اجيرا مشتركا لان المعقود عليه
اذا كان هو العمل او الوصف الذي يحدث في العين بعمله
لا يمتنع عليه ان يتقبل مثل ذلك العمل لغيره ولان
ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته ولهذا اسمي
مشتركا لان له ان يعمل لمن شاء ولم تصر منافعه
مستحقة لواحدٍ ولا يستحق الاجر الا بالعمل لوقوع العقد
عليه والمتاع في يده امانة عند ابي حنيفة وبه اخذ
زفر والحسن بن الزياد وهو القياس سواء هلك بامر
يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز
عنه كالحريق الغالب والغارة الغالبة والمكابرة وقالا انه
مضمون عليه ان هلك بامر يمكن التحرز عنه لان عليًّا
رضي الله عنه كان يضمن الصباغ والصايغ وقال لا يصلح
للناس الا ذلك رواه البيهقي من طريق الشافعي وحكاه
في الهداية عن عمر ايضا ولان الحفظ مستحق عليه
اذ لا يمكنه العمل الا به ولا حفظ اذا هلك المتاع بسبب
كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق
عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت
باجرٍ ولابي حنيفة ان العين امانة في يده لحصول القبض
باذنه لمنفعة وهي اقامة العمل فيها له فلا تكون مضمونة
عليه وهي كالمودع واجير الوحدِ وهذا لان الضمان انما
يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما اما التعدي
فلانه قبض باذن المالك واما العقد فلانه ورد علي العمل

لا علي العين فلا تصير العين به مضمونة ولهذا لو هلكت
بما لا يمكن التحرز عنه لا يضمن والحفظ مستحق عليه تبعا
لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجرٍ
لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتي يقابله الاجر
وغرمناه ما تلف ان تخرق **بدقه او** انكسر دن بسبب
زلقه او بانقطاع حبل شد الحمل به لانه لما شده
بحبل واهٍ كان مضيعا **او تلف ما في السفينه** من الامتعة
والاموال **بمدة** او معالجته لان ذلك من جناية يده
ولو غرقت من ريح او موج او صدم جبل وتلف ما فيها
لا يضمن عند ابي حنيفة ويضمن عندهما وان كان صاحب
المتاع او وكيله فيها لا يضمن الملاح بشئ من ذلك لانه
في يد صاحبه حينئذ فلا يضمن الا ان يصنع فيها شيئا
يتعمد به الفساد وقال زفر لا غرامة عليه ومعه الشافعي
في قول لانه ماذون فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمعين
في الدق واجير الوحدِ وهذا لانه امره بالفعل مطلقا
فينتظمهُ بنوعيه المعيب والسليم واما التخرق فلضعف
في الثوب ولئن كان لمعني في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن
اذ الدق المصلح ليس في وسعه ولئن كان في وسعه
فلا يمكنه التحرز عنه الا بحرج وما فيه حرج ملحق بما
ليس في الوسع ولنا ان التلف حصل بعمل غير ماذون
فيه فيكون مضمونا كما لو دقّ الثوب بغير امره وهذا
لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد

والداخل تحته هو العمل المصلح لان الاذن انما يثبت
ضمنا للعقد والعقد انعقد علي السليم لان مطلق عقد
المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما
مرّ في البيوع فاذا ثبت[٢] ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون
ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء به بنوع آخر
بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد
بوصف السلامة لئلا يمتنع عنه مخافة الغرامة وهنا
يعمل بالاجر فيتقيد بوصف السلامة وانقطاع الحبل
من قلة اهتمامه فكان من صنعه الا انه لا يضمن بني آدم
ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه
لان الواجب ضمان الآدمي وذا لا يجب بالعقد وانما
يجب بالجناية الا تري انه يجب علي العاقلة وضمان المعقود
لا يتحمله العاقلة **فلو كسر** الاجير **في الطريق دنا عمدًا**
او انكسر بوقوعه بغير قصده **ضمنه المالك قيمته في**
مكان حمله ان شاء **ولا اجر له** اي للاجير **او** ضمنه قيمته
في موضع كسره ويلزمه الاجر اي اجر الحمل **بحسابه**
اما الضمان عندنا فلان الحمال اجير مشترك فيضمن
ما تلف بجناية يده لان السقوط بالعثار او بانقطاع
الحبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه موافق
من وجهٍ فان من امر بالحمل وقد حمل مخالف من وجه لانه
امره بالحمل علي وجه يصير محمولا الي مكان معين ولم يات
بذلك الحمل فان مال الي جهة الخلاف ضمنه في المكان الذي

[٢] ان المعقود… السَليم ثبت

حمل ولا اجر له لانه لم يسلم العمل وان مال الي الوفاق ضمنه
في المكان الذي انكسر واعطاه من الاجر بحسابه وان تلف
في يده بغير فعله بان رجمه الناس لا يضمن عند ابي حنيفة
خلافا لهما **وما قصرنا الضمان علي كسره والتقويم علي مكانه**
كما قصره زفر عليه واحتج بانه اتلفه في هذا المكان فيضمن
قيمته حيث اتلفه وقد اوفاه من المنافع المعقود عليها الى موضع
الكسر فيعطيه من الاجر بقسطه من غير خيار **ولا يضمن
حجام وبزاغ وفصّاد** بزغ البيطار الدابة شقّها بالمبزغ وهو
مثل مشرط الحجام **لم يتجاوز** القدر **المعتاد** لو عطب لانه
لا يمكنه الفصد ونحوه محترزا عن سبب الهلاك لغموض
احوال بطن الحيوان فربما يكون ضعيف المزاج لا يندمل سريعا
وقد يسري الي النفس وربما يكون قوي المزاج فيندمل
سريعا في تلك الساعة ولا اطلاع للفصاد ونحوه علي قوة
طبعه وضعفه فلا يقيد بالمصلح من العمل وكيف يستحق
السلامة بالعقد هنا والمطلوب هو الجرح وهو افساد
وتخريب للبنية كما تري والسلامة ضده ولا كذلك
دق الثوب ونحوه لان قوته ورقته تعرف بالاجتهاد
فامكن القول بالتقييد المصلح فاذا فسد يضمنه **ولو
استاجر عبدا** او صبيا **محجورا** عليه **او مغصوبا من نفسه
لا يسترد** منه **ما دفع اليه من الاجر** استحسانا وفي
القياس له ذلك لانه يقتضي عدم صحة الاجارة لانعدام
اذن المولي وقيام الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال

ولا اجر علي الغاصب وصار كما اذا هلك العبد فانه تجب
للمولي قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان
لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف نافع علي اعتبار
الفراغ سالما ضارٌّ علي اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع
ماذون فيه كقبول الهبة بغير اذن المولي واذا جازت
الاجارة صح قبض العبد الاجر لانه العاقد وقبض البدل
اليه ومتي صح قبضه لا يكون للمستاجر ان يسترده منه
بخلاف ما اذا هلك العبد في ذلك العمل فانه يجب
علي المستاجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل لانه صار غاصبا
له باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمنها صار
مالكا من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد
نفسه فلا يلزمه الاجر **واتلاف الغاصب اياه** اي الاجر
الذي قبضه العبد من مستاجره **هدرٌ** اي غير مضمون
عليه عند ابي حنيفة وقالا مضمون لانه اتلف مال الغير
بغير تاويل لان الاجر مالُ مولي العبد لانه كسبُ عبده وكسبه
تبع لرقبته فتكون لمالكها ولابي حنيفة انه اتلف مالا غير
متقوم في حق المتلف فلا يضمن كنصاب السرقة بعد القطع
وهذا لان التقوم انما يثبت بالاحراز وهو انما يثبت بيدٍ
حافظة كيد المالك او نائبه ويد المالك لم تثبت عليه
ويد العبد ليست يد المولي لان العبد في يد الغاصب حتي
كان مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون
محرزا ما في يده ولان الاجَر بدل منفعة العبد ولو اتلف

منفعته بان استعمله في عمل من الاعمال لايضمن فكذا
اذا استهلك بدلها ويأخذه سيده ان وجده في
يده لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم
بطلان الملك كما في فصل السرقة بعد القطع او استاجر
عبدا للخدمة بان قال استاجرته هذين الشهرين
شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح العقد ويكون
الشهر الاول باربعة والثاني بخمسة لانه لما قال
شهرا باربعة انصرف الي مايلي الايجاب كما لو سكت
عليه فقال استاجرت منك عبدك هذا شهرا بكذا
فانه ينصرف الي مايليه تحريا لصحة العقد فكذا هذا
واذا انصرف اليه ينصرف الثاني الي مايلي الاول ايضا
تحريا للجواز ولا يسافر به اي بالعبد الذي استاجره للخدمة
بلا شرط في العقد او رضي فيما بعد لان خدمة السفر اشق
من خدمة الحضر فليس له ان يكلفه ذلك بمطلق العقد
ولهذا جعل السفر عذرا في فسخ الاجارة فلا بد من اشتراطه
كاسكان الحداد والقصار في الدار ولو اختلفا في اباقه
او في مرضه او انقطاع ماء الرحي حكم الحال حتى لو
استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم
جاء في آخره والعبد مريض او آبق فقال المستاجر ابق
او مرض من حين اخذته وقال الموجر لم يكن ذلك
الا قبل ان ياتيني بساعة فالقول للمستاجر ولو كان
صحيحا في الحال او غير آبق فالقول للموجر والاصل في هذا

ان القول قول من شهد له الظاهر عند التنازع ففي
الفصل الاول الظاهر شاهد للمستاجر لان الاباق
والمرض ظاهر في الحال وهو يدل علي ما مضي فكان عدم
التمكن من الانتفاع فيما مضي ثابتا ظاهرا فالموجر بقوله
ما ابق الا في الحال يدعي انه كان متمكنا من الانتفاع
والمستاجر منكر فكان القول قوله وفي فصل الثاني
التمكن منه ثابت فيما مضي ظاهرا بدلالة الحال فالمدعي
فوات التمكن فيما مضي والموجر ينكر فيكون القول
قوله واصله الاختلاف بين مستاجر الرحي والموجر
في جريان الماء وانقطاعه فيما مضي فانه يحكم الحال فان
كان الماء منقطعا وقت الخصومة فالقول للمستاجر فيما مضي
وان كان جاريا فالقول لرب الرحي مع يمينه والحال وان لم
يصلح حجة عندنا يصلح مرجحا اذ الترجيح ابدا انما يقع بما لا يصلح
حجة وقد عرف في اصول الفقه ويضمن الطحان ما سال
من حلقها اي حلق الرحي في الماء ان استوجر للطحن ودفع
المستاجر الحب اليه ليطحنه له لانه قصر في الحفظ وان آجرها
لصاحب الحب وطحن هو لا يضمن لان الحب في يد صاحبه
فكان عليه حفظه دون الطحان ولا يضمن الاجير
لحفظ الخان او السوق ما سرق منهما في الصحيح لانه
يحرس الابواب اما الاموال فمحفوظة بالبيت وهي
في يد ملاكها وهو قول الفقيه ابي جعفر وابي بكر
البلخي وقال غيرهما من المشايخ في حارس السوق انه يضمن

لانه بمنزلة الاجير المشترك ويضمن الخاتن بقطع الحشفة
مع الجلدة نصف الدية ان مات لانه مات من سريان
جرح ماذون فيه وهو قطع الجلدة وغير ماذون وهو الحشفة
والا اي وان لم يمت ضمن اي كل الدية لقطعه مالم يوذن
له فيه وان قطع بعضها ولم يمت فعليه حكومة عدل ولو
شرطه عليه وعلي الفصاد والبزاغ العمل السالم دون الساري
لا يصح الشرط ولو شرطه علي القصار صح لانه مقدور له
ويضمن قالع السن ارشه ان قال له امرتك بقلع غيره اي
غير المقلوع لانه لا يعلم الا من جهته لتوقف التصرف علي اذنه
وتلزم الاجير الآلة كالابرة والملبن والحبل والجوالق
والاكاف في المكاري اذا استوجر ليحمل علي دابة نفسه
وان استوجر ليحمل علي ظهره او دواب المستاجر يكون
الحبل والجوالق علي المستاجر وقال الفقيه ابو الليث في
عرفنا الجوالق على صاحب الحمل في الاحوال كلها والحبل
علي الحمال لانه لصيانة الحمل عن الوقوع لا التراب لانه
محل العمل لا آلته ولا دقيق الغزل لانه لا صلاحه ليمكنه
نسجه فيتبع المنسوج لا الناسج ويحكم في السلك اي الخيط
بالعرف ترجيحا لاحد الامرين لانه تبع للابرة حيث لا يمكن
الخياطة الا بهما وتبع للثوب حيث يتصل به ويصير من اجزائه
والعرف يصلح مرجحا ويلزم الحمال ادخال الحمل الى البيت
لانه من تمام العمل لا يلزمه الصعود به الي السطح ونحوه اي
الغرفة الا بالشرط في العقد لكونه امرا زايدا ويلزم القصار

حمل الثياب الي موضع القصارة لتوقف عمله عليه الا اذا
شرط حملها علي مالكها لالتزامه به ويلزم موجر الدار فعل
ما يخل بالسكني كالعمارة واصلاح الميزاب والغلق بالتحريك
المغلاق وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح والسترة وهو ما يبني حول
السطح والسلم وهو ما يعرج فيه ويرتقي عليه والجمع سلاليم
وسمي به لانه يسلمك الي حيث تريد ويلزمه اخراج ما في
المخرج وهو موضع قضا الحاجة ولو كان امتلاؤه من المستاجر
لانه من جملة منافع السكني فان ابي لا يجبر علي اخراجه
لان الانسان لا يجبر علي ان يجعل ملكه مما ينتفع به ويجوز
لساكنها الخروج منها حينئذ لاخلاله بالانتفاع بها ولو اخرجه[٢]
هو يكون متبرعا ولا يحتسب له من الاجر ان فعله بغير اذن
المالك ويلزم مستاجر الحمام نقل الرماد من بيت النار
واخراج السرقين المجتمع وتفريغ موضع الغسالة سواء كان
المسيل ظاهرا او مسقفا لشغله المكان الذي اتي به من خارج[٣]
وان شرط علي الموجر فسدت الاجارة لانه شرط ينتفع المستاجر
وان شرط علي المستاجر زاده الشرط وكادة والله اعلم

فصل في الحمامي والنساج والحفار

لما ذكر تنوع الاجير الي مشترك وخاص ذكر تنوع عمله
في فصلين فقال لو استحفظ مريد الاغتسال الحمامي
ثيابه وخرج فلم يجدها ضمن ان علم بالاخذ واقر ان
رجلا غير هذا ارفع الثياب[٤] والا اي وان لم يعلم به لا يضمن
لانه لم يصر مضيعا الا اذا اقصر في الحفظ بان نام

٢- اخرجها

٣- بما

٤- وظن انه يرفع ثياب نف...
لانه صار مضيعا حي...
لم يمنع الغاصب وظن...
لا يسري في حق صاحب الثي...

مضطجعا او خرج من الحمام ولم يستحفظ على الثياب
احدا من جهته فانه يضمن لتقصيره ورؤية الثياب
حين وضعها كالاستحفاظ في الصحيح وهو قول محمد بن سلمة
لان ذلك استحفاظ منه عادة وقال ابو القاسم لا يضمن
لعدم امره به ولو وضع ثيابه عند جالس ولم يقل احفظها
ولم يقل الجالس لا تضع عندي ولم يقبل ولم يرد يكون
مودعا حتى لو وضعها يكون ضامنا ولا يضمن الحمامي الدراهم
ونحوها من الاشياء المخفية اذا ادعى ضياعها الا اذا
صدقه على وجودها معه وقصر في الحفظ فحينئذ يضمن
ولو وضع قصار ثوبا على جب في باب الحانوت
ودخله اي الحانوت حتى غاب الثوب عن بصره
وسرق ضمن لتقصيره في الحفظ بتواريه عنه لا يضمن
حايك دفع غزلا الى اجيره فسرق منه اي من الاجير
لانه ماذون له به عادة ولا دلال دفع المتاع الى من
يشتريه لينظره فذهب به من بين يديه ولم يظفر به
للاذن عادة بالدفع الى من يريد الشراء ولم يقصر في الحفظ
حيث لم يلتفت عنه بغيره او امره صاحبه اي صاحب
الثوب الدلال بامساك ثمنه حتى يعطيه اجره
فسرق الثمن منه لانه مودع ولو امر النساج بزيادة
غزل على غزله ثم انكرها اي الزيادة وحلف على نفي
العلم بريء منها والا اي وان لم يحلف لزمه مثلها اي
مثل الزيادة وقدرها الصير ورته باذلا او مقرا ابنكوله

على اختلاف الرائين كما لو اتفقا على ان الغزل كان رطلا
والثوب رطلا وادعى صاحب الغزل ان الزيادة من
الدقيق لان وزن الدقيق في العادة لا يبلغ وزن الغزل
فكان الظاهر شاهدا للنساج او امره بنسجه سبعا في اربع
فعمله اكبر او اصغر مما قال ضمن مثل غزله ان شاء لمخالفته
او اخذه اي الثوب واعطاه في صورة الزيادة المسمى ولا
يزيد عليه وفي صورة النقصان بحسابه اي بحساب ما نقص
ولا يجاوز ما سمى لانه في الزيادة متبرع وفي النقصان نقص
العمل ولو استقبل الحفار جبلا او ماء وشق عليه
التكميل عليه يجبر وان تعذر لا لان السهولة والصعوبة
امران معنيان فيدار وجوب التكميل على الامكان وعدمه
على التعذر ولا يزاد الاجير ولا ينقص بشدة الارض
ولينها لما قلنا فان شرط حفر عشر في عشر بعشرة فحفر
خمسا في خمس استحق ربع الاجر لان العشرة في العشرة مائة
والخمسة في الخمسة تكون خمسة وعشرين فيكون ربع الجملة
فلهذا يلزمه ربع الاجر وان عين المستاجر له مكان القبر
ليحفر فيه فحفر في غيره لم يستحق عليه شيئا لعدم اتيانه
بما امر به وان لم يذكر مكانه ولا وصفه انصرف الطلاقه
الى مقبرة محلته والى المعتاد من صفته في العمق والوسع
واستحق الاجر ان فعل كذلك لان المطلق ينصرف الى المتعارف العام والله اعلم

فصل في المكاري وراعي البقر وفسخ الاجارة وبقايها للعذر وحرق الحصايد
اخر هذا الفصل عما قبله لما فيه من فسخ الاجارة وبقايها للعذر

علي خلاف القياس لو استقبل المكاري في الطريق لصوص
لم يمكنه دفعهم وعلم انه ان لم يطرح الحمل اخذ والدابة والحمل
فطرح الحمل وفرّ بدابته لم يضمن لانه لا يعد مقصرا في
مثل هذه الحالة ولو استاجر حمارا فتركه علي باب بيته
ودجله حتي تواري عنه او تخلف عنه في الطريق لحاجة
كبول او غايط حتي غاب عن بصره او ضل في الطريق وعلم
به فلم يطلبه مع عدم يأسِهِ منه او اوقفه وصلي الفرض
فذهب او انتهب وهو ينظر اليه ولم يقطعه اي الفرض
ضمن لانه ترك الحفظ مع القدرة عليه لان خوف ذهاب
المال يبيح قطع الصلاة وان كان درهما وان لم يغب عنه
او كان في موضع لا يعدُّ فيه هذا الذهاب تضييعا له
بان كان في سكة غير نافذة او في بعض القري الامينة
لم يضمن لعدم كونه مقصرا ولو ارسله في كرمه فسرقت
بردعته فمرض من البرد فرده مريضا ومات منه اي
من ذلك المرض لم يضمنهما اي الحمار والبردعة ان كان
الكرم حصينا والبرد لا يضره معها اي مع البردعة لانه
لم يقصر في حفظهما اما الحمار فلانه محفوظ بالبردعة
واما البردعة فلانها محفوظة بالكرم الحصين وان ضره
اي البرد معها ضمنه فقط لتقصيره فيه دونها وان لم يكن
كرمه حصينا وضره معها ضمنهما لانه ضيع البردعة بتركها
في غير الحصن والحمار بتركه في برد مهلك والا اي وان لم
يضره معها ضمنها وضمن نقصانها[٢] اي نقصان قيمته الي حين نقصانه[٢]

رده الي مالكه لانه لما ارسله في غير الحصن دخل في ضمانه
فيبرا بقدر ما رد الي المالك ويتقرر عليه النقصان لانه
لم يوجد الرد بقدر ما انتقص واذا سلم بقره الي راع
فجاء ليلا وزعم انه ادخلها القرية فطلبها ربها فوجدها
بعد ذلك ميتة في نهر في الصحراء كان القول له مع يمينه
ان كان في عرفهم ادخال البقر الي القرية دون المنازل
اي منازل اربابها لاحتمال انها عادت الي الصحراء ولو
ارسلها في سكة صاحبها فضاعت قبل وصولها اليه
لم يضمن لانه ليس عليه ادخالها في منزل صاحبها عرفا
والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ولو اتلفت زرعا وهو
معها ضمن لصيرورته جانيا بعدم تحفظه والا اي
وان لم يكن معها لا يضمن لان العجما جبارٌ ويضمن منها
ما تلف بالسوق السريع ان كان اجيرا مشتركا ولو كان
خاصا لا يضمن ما تلف في يده بفعله اذا لم يتعمد الفساد
وان تفرقت فرقا ولم يقدر علي اتباع كلها فاتبع بعضا
وترك بعضا او ند بعضها فلم يتبعه خوفا علي الباقي
من الضياع فهو اي النادّ هدر عند ابي حنيفة لانها
ضاعت بغير فعله وهما ضمناه لتركه اتباعه بحسب وسعه
وصار كما لو اخرج بعضها الي المفازة وعاد ليخرج الباقي
فهلك بعضها في غيبته او نام مضطجعا فانه يضمن لتقصيره
قلنا عوده ترك للحفظ والنوم مضطجعا كذلك بخلاف النادّ
منها وعطبها بنزو الفحل عليها بنفسه لا يوجب ضمانا علي الراعي

عند ابي حنيفة لعدم صنعه وهما اوجباه لعدم منعه وصار
كما لو انزاه عليها بلا اذن من المالك قلنا تلفت بواسطته او
ذبح من مريضها اوجريحها من يرجي حيوته لا لو ذبح ما
يخاف موته في المختار للفتوي وهو استحسان ذكره في النوازل
وذكر في الاصل انه يضمن قيمتها يوم الذبح لانه اعدام للحيوة
الحقيقية والموت محتمل وجه الاستحسان انه لبقاء ماليتها
الزايلة ظاهرا وحفظ المالية واجب عليه ما امكنه فكان
ماذونا له بالذبح حكما بخلاف غير الراعي علي المختار ولو اختلف
الراعي وصاحب الغنم في خوف الموت كان القول للراعي بناء علي
رواية النوازل وتفسخ الاجارة بالعيب المضر بالسكني
كانهدام حايط منها يضربها والا لا تفسخ كما لو استاجر عبدا
للخدمة فاعور فانه لا يفسخها اذا لم تنقص الخدمة واما اذا
انهدمت الدار المستاجر فانه يجوز له ان يفسخ الاجارة
ويخرج منها وان كان الموجر غائبا فان بناها قبل الفسخ واراد
ان يسكنها بقية المدة ليس له ان يمنعه من التسلم وكذا
ليس للمستاجر ان يمتنع من القبض رواه هشام عن محمد
وبسبب مرض العبد ودبر الدابة المخلين بالانتفاع بهما
فان زال او انتفع به مع النقص لزمه تمام الاجر لرضاه
بالعيب كما في البيع وبخرب الدار وانقطاع ماء الضيعة
والرحي علي الاصح لان المنفعة فاتت علي وجه يتصور عودها
فشابه اباق العبد المستاجر وذا لا يوجب انفساخ العقد ونص
في الاصل ان الاجارة في الرحي لا تنفسخ بانقطاع الماء وقيل

تنفسخ

تنفسخ كنقض السفينة لفوت الانتفاع قلنا في الرحي
والدار اصل الموضع مسكن بعد الانهدام ميتاتي فيه السكني
ونصب الفسطاط فيبقي العقد لهذا ولكن لا اجر عليه
لعدم تمكنه من الانتفاع علي الوجه الذي قصده بالاستيجار
ولو كانت الضيعة وبيت الرحي ينتفع بهما لغير الطحن
والزرع فانتفع بهما يلزمه من الاجر بحصته لاستيفاء
منفعة شيء من المعقود عليه وتفسخ بالعذر كمن
استاجر انسانا ليقلع ضرسه فسكن الوجع او لطبخ
الوليمة اي طعام الزفاف فاختلعت منه المراة او دابة
لطلب عبد ابق او غريم هارب فحضر العبد والغريم
او للسفر فبدا له منه اي من السفر لا لو بدا للمكاري
ترك اجارة دابته او استاجر حانوتا ليتجر فيه فافلس
او بدا له السفر لانه استاجره للانتفاع به وهو يتضرر
بابقاء العقد بعد حدوث هذه الامور ضررا لم يلتزمه
بالعقد وكمن اجر ملكه ولزمه دين بعيان كما لو اتلف
مال انسان او بيان عند الحاكم لان عدم فسخها يستلزم حبسه
وهو ضرر به وكذا الاقرار بالدين من الاعذار عند ابي حنيفة
وان كذبه المستاجر فيفسخ القاضي العقد وقالا لا يصح اقراره
في حق المستاجر وهذه ثلاث مسائل احداها هذه والثانية
اذا اقرت المراة علي نفسها بالدين للغير وكذبها الزوج يصح اقرارها
عنده ويكون للغريم ان يحبسها والثالثة اذا اقر المحبوس ببعض
ماله لرجل يثق به او لبعض ورثته يصح اقراره عنده حتي يقضي

القاضي بعسرته ويخرجه من الحبس ولا يصح عندهما ولو آجر
ما آجره في مدة المستاجر فسخ عقده ان شاء لاستحقاقه
المنفعة دونه او اجاز واستحق الاجر لان عقده صار كعقد
الفضولي لصيرورته اجنبيًا عن المنفعة في مدة المستاجر
وان باع ما آجره لا يفسخه اي البيع في ظاهر الرواية لعدم
منافاته لحقه وقيل يفسخه كالاجارة وانما الخيارُ للمشتري
ان شاء فسخ البيع وان شاء صبرَ الي انقضاء الاجارة واخذ
المبيع وان اجاره اي المستاجر البيع تبطل اجارته فيما بقي
من المدة لسقوط حقه في ضمن اجارته عقدا ليس له بخلاف
اجازته الاجارة لان العقدَ وقع له لوقوعه علي ملكه
وتنفسخ الاجارة عندنا بموت احد المتعاقدين ان
عقدها الميت منهما لنفسه كاستيجاره عبدا للخدمة
او دارا للسكني ولا تنفسخ بموت من عقدها لغيره كقيم الوقف
والاب والوصي والوكيل لبقاء المعقود لهم ولا تنفسخ
عند الشافعي ومالك مطلقا لان المنافع عندهما كالاعيان
القايمة والعقد علي العين لا يبطل بموت المتعاقدين فكذا
العقد علي المنفعة ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة
بحسب ما يحدث من المنفعة فاذا مات الموجر فالمستحق
بالعقد المنافع التي تحدث علي ملكه وقد فات ذلك
بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة
الدار تنتقل الي الوارث والمنفعة تحدث علي ملك صاحب
الرقبة الا ان تكون نقلا عند موته فحينيذ تبقي الاجارة

الي ان

الي ان يدرك لانها لو انفسخت لبطل من الاجر بحسابه
ولوَجَبَ اجر المثل وابقاء ما كان ضرورة وجود الزرع
اولي من نقضه وايجاب غيره او بموت المكاري في بعض
الطريق للمستاجر ان يركب الي المكان الذي جعله غاية
السير حتي لو ماتت الدابة لم يضمنها لوقوع الركوب بحكم
الاجارة ولو احرق حصايد او شوك ارض مستاجرة
او مستعارة للزرع فاحترق شئ آخر للناس في ارض
غيره لم يضمن لان هذا تسبب وليس بمباشرة والضمان
بطريق التسبب يعتمد التعدي فيه الا تري ان من حفر
بئرًا في دار نفسه فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن لانه
غير متعدٍ ولو رمي سهمًا في ملكه فاصاب نفسا او مالا فهلك
ضمنه لانه مباشرة فلم تتوقف علي التعدي وهذا لان
المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر فاما التسبب فليس
بعلة فلابُدَّ من صفة العدوان ليلتحق بالعلة واحراق
الحصايد هنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف اليه قال
شمس الايمة هذا اذا كانت الريح هادية حين اوقد النار
ثم تغيرت لانه لا صنع في تغيرها وينبغي ان يضمن اذا
كانت مضطربة لان موقد النار والريح مضطربة يعلم
انها لا تستقر في ارضه وانها تذهب بها الي ارض
جيرانه فصار كانه القاها في ارضهم والله اعلم

فصل في المزارعة والمعاملة

لما فرغ من الاجارة شرع في المزارعة لانها اجارة معني

علي قبول من يجيزها فقال هي عقد علي الزرع ببعض
الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة لدفع الغنم ونحوها
الي من يرعاها ويجذ مها بنصف الزوايد التي تحدث
منها القول ابن عمر كنا نخابر ولانري بذلك باسًا حتي زعم
رافع بن خديج ان النبي عليه السلام نهي عنها فتركناها من
اجل ذلك وعن عطا عن جابر بن عبد الله نهي رسول الله
عليه السلام عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة قال عطا فسرها
لنا جابر فقال اما المخابرة فالارض البيضاء يدفعها الرجل الي
الرجل فينفق فيها ثم ياخذ من الثمر والمحاقلة بيع الزرع القايم
بالحب كيلا والمزابنة بيع الرطب في النخل[٢] كيلًا رواهما مسلم
وفي سنن ابي داود ان رافع بن خديج قال كنا نخابر علي عهد
رسول الله عليه السلام فذكر ان بعض عمومته اتاهُ فقال
نهي رسول الله عليه السلام عن امرٍ كان لنا نافعًا وطواعية
الله ورسوله انفع قال قلنا وما ذاك قال قال رسول الله
عليه السلام من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها اخاه
ولا يكاريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمي ولانها ببعض ما
يخرج من عمله فيكون في معني قفيز الطحان ولان الاجر
مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد وهما جوزاها وبه
يفتي لما روي الجماعة الا النسائي عن ابن عمر ان رسول الله
عليه السلام عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمرٍ
او زرعٍ وفي لفظٍ لما افتتحت خيبر سأل اليهودُ رسول الله
عليه السلام ان يقرهم فيها علي ان يعملوا علي نصف

[٢] بالتمر

مايخرج

ما يخرج منها من الثمر والزرع فقال رسول الله عليه السلام
نقركم فيها علي ذلك ما شئنا وفي لفظ لابي داود عن ابن عباس
فلما كان حين يصرم النخل بعث اليهم عبد الله بن رواحة
فحزر عليهم النخل وهو الذي يسميه اهل المدينة الخرص
فقال في ذه كذا وكذا قالوا اكثرت علينا يا ابن رواحة
قال فانا الي حزر النخل واعطيكم نصف الذي قلت قالوا
هذا الحق وبه تقوم السماء والارض قد رضينا ان ناخذه
بالذي قلتَ وفيه عن جابر فخرصها اربعين الف وسقٍ ولما
خيرهم اخذوا الثمر وعليهم عشرون الف وسق وعن عمرو قال
قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون ان النبي عليه السلام
نهي عنها قال اي عمرو اني اعطيهم واعينهم واني اعلمهم اخبرني
يعني ابن عباس ان النبي عليه السلام لم ينهَ عنها قال لان يمنحَ
احدكم اخاه خير له من ان ياخذ عليه خرجا معلوما متفق عليه
وعن عروة بن الزبير قال قال زيد بن ثابت يغفر الله لرافع
ابن خديج انا والله اعلم بالحديث منه اتاه رجلان وقد اقتتلا
فقال رسول الله عليه السلام ان كان هذا شانكم فلا تكروا المزارع
فسمع قوله لا تكروا المزارعَ رواه ابو داود وما فيه من قوله عليه السلام
من لم يذر المخابرة فليوذن بحرب من الله ورسوله ونحوه فمحمولٌ
علي قول رافع كنا اكثر اهل المدينة حقلًا وكان احدنا يكري
ارضه فيقول هذه القطعة لي وهذه لك فربما اخرجت ذهِ
ولم تخرج ذهِ فنهاهم النبي عليه السلام متفق عليه كيف وقد
قال ابو جعفر ما بالمدينة اهل بيت هجرة الا يزرعون علي الربع

اوالثلث وزارع عليٌّ وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود
وعمر بن عبد العزيز والقاسم ابن عروة وآل ابي بكر وآل عمر
وابن سيرين وعامل عمر الناسَ علي ان جاء عمر بالبذر من
عنده فله الشطرُ وان جآوا بالبذر فلهم كذا رواه البخاري
ولان العقود ما شرعت الا لحاجة الناس ولهم اليها حاجة
فان الانسان قد يكون له ارض ولا يهتدي الي الزراعة
وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فمست الحاجة الي انعقادها
لتنتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الريع كما في المضاربة
بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الاولاد
والابريسم فان تلك تتولد من العين ولا اثر لعمل الراعي والحافظ
فيها وانما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشرهما
باختياره فلم يتحقق شركة مع انه ليس في ذلك العقد عرف
ظاهرٌ فاما هنا فلعمل الزارع تاثير في تحصيل الخارج والعرف ظاهرٌ
في عامة البلدان فافترقا **بشرط صلاحية الارض للزراعة**
لان المقصود لا يحصل بدونها **و**شرط **تسليمها الي العامل**
ليتمكن من العمل حتي لو شرط في العقد ما تزول به التخلية
وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح العقد **و**شرط **الشركة**
في الخارج انصافا مثلا لانها تنعقد اجارة وتتم شركة
في الانتهاء فكل شرط يؤدي الي قطع الشركة في الخارج يكون
مفسدا للعقد **و**شرط **بيان المدة** لان العقد يرد علي منفعة
الارض ان كان البذر من جهة العامل وعلي منفعة العامل
ان كان البذر من قبل رب الارض والمنفعة لا يعرف مقدارها

الابيان

الا ببيان المدة فكانت معيارا للمنفعة **و**بيان **رب البذر**
اذ به يعلم الموجر من المستاجر **و**بيان **جنسه** لانه لا بدّ من
اعلام جنس الاجر ولا يصير ذلك معلوما الا ببيان جنس
البذر **و**بيان **حظ الاخر** الذي لا بذر من قبله لانه يستحق
ذلك عوضا بالشرط وما لم يكن معلوما لا يستحق شرطا بالعقد
وبشرط **كون الارض والبذر من واحد**[٢] **والبقر من آخر** كون[٢]
لان ربّ البذر استأجر العامل للعمل في ارضه والبقر
آلة العمل فجاز شرطه عليه كما لو استاجر خياطا ليخيط بابرة
نفسه **اوكون الارض والعمل من واحد والباقي من آخر**
اما الاول فلان رب البذر استأجر الارض بجزء معلوم
من الخارج ولو استاجرها باجر معلوم من الدراهم والدنانير
صحّ فكذا اذا استأجرها بجزء مسمي من الخارج واما الثاني فلان
ربّ البذر استأجر العامل ليعمل بآلته فيصح كما لو استاجر
خياطا ليخيط بابرة رب الثوب او طيانا ليطين بمرّة الارض
ويكون الخارج علي الشرط الذي وقع بينهما **وان لم يخرج شيء**
من الزرع **فلا شيء للعامل** ولا لصاحب الارض لانها ان كانت
اجارة فالواجب في العقد الصحيح المسمي وهو معدوم فلا يستحق
غيره وان كانت شركة فهي في الخارج لا في غيره فلا يستحق غيره
بخلاف ما اذا فسدت ولم يخرج شيء لان اجر المثل في الذمة
ولا تفوت الذمة بعدم الخارج **فان كانت الارض والبقر**
لواحد والعمل والبذر لآخر فسدت في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انه يجوز ايضًا للعرف ولانه لما جاز ان يكون

البقر مع البذر مشروطا علي رب الارض فكذا يجوز ان يكون
البقر بدون البذر مشروطا عليه كما في جانب العامل فانه
لما جاز ان يكون البذر مع البقر مشروطا عليه جاز ان يكون
البقر مشروطا عليه بدون البذر ووجه الظاهر ان رب البذر
استاجر الارض والبقر واستيجار البقر بجزء من الخارج
مقصودا لا يصح وهذا لان منفعة البقر ليست من جنس
منفعة الارض فان منفعتها قوة في طبعها يحصل بها الخارج
ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل فلم يتجانسا فتعذر ان
يجعل تابعا لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان
فجعلت تابعة لمنفعة العامل او كان البذر لواحد والباقي لآخر
فسدت لان الشرع لم يرد به وعن ابي يوسف انه يجوز للتعامل
او كان البذر منهما والارض لاحدهما وكان العمل مشروطا
علي غير ذي الارض لان صاحب الارض يصير قائلا للعامل
ازرع ارضي ببذري علي ان يكون الخارج كله لي وازرع ارضي
ببذرك علي ان يكون الخارج كله لك لان هذه مزارعة
بجميع الخارج بشرط اعارة نصف الارض للعامل او شرط
لاحدهما قفزان مسماة لجواز ان لا تخرج الارض الا
هذا القدر فيكون شرطا قاطعا للشركة حينئذ او شرط
له ما علي الماذيانات والسواقي لجواز ان لا يخرج الا من
ذلك الموضع فيكون الشرط قاطعا للشركة او شرط ان
يرفع رب البذر بذره من الخارج ويكون الباقي بينهما
لاحتمال ان لا تخرج الارض الا قدر البذر فيودي الي

قطع

قطع الشركة او ان يرفع الخراج الموظف ويكون الباقي بينهما
لما قلنا واما اذا كان خراج مقاسمة نحو الثلث او الربع
وشرط اخراجه فانه لا يفسدها كما لو شرط رفع العشر
في الارض العشرية او شرطا العشر لاحدهما والباقي
بينهما لانه مشاع فلا يودي الي قطع الشركة او ان يكون التبن
للعامل والحب بينهما فسدت جواب لقوله فان كانت
الارض والبقر لواحد وما عطف عليه فيقدر في الكل كما
ذكرنا وانما فسدت لانه شرط مخالف لمقتضي العقد وهو
يودي الي قطع الشركة اذ قد تصيبه آفة ولا ينعقد الحب
فلا يخرج الا التبن ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب الحب
صحت لانه شرط موافق لحكم العقد لانه نمأ ملكه وكذا
لو سكتا عن التبن لانهما شرطا الشركة فيما هو المقصود
والسكوت عن التبع لا يوجب بطلان العقد في الاصل ثم
يكون لرب البذر لانه نمآء ملكه وغيره انما يستحق بالشرط
ولا شرط وقيل يكون بينهما ايضا لان المعتبر هو العرف فيما
لم ينص عليه العاقدان ولانه تبع للحب فيعطي له حكمه
فيكون الخارج في صور الفساد لرب البذر لانه نمآء ملكه
واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النمآء كله
لصاحب البذر ويكون للآخر اجرة ارضه اذا كان البذر
من قبل العامل لاستيفائه منفعة الارض او اجر عمله
اذا كان البذر من رب الارض ولا يزاد الاجر علي مقدار
ما شرط له في العقد عند ابي حنيفة وابي يوسف لرضاه

بسقوط الزيادة **واوجبها محمد** بالغة مابلغت لانه استوفي
منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها **ويطيب**
الخارج كله **لرب الارض ان كان البذر له** لانه نماء بذره
وخرج من ارضه **والا** اي وان لم تكن الارض لصاحب
البذر **تصدق بما زاد علي البذر والمؤن** التي اخرجها علي
الزرع لان النماء انما يحصل من البذر ويخرج من الارض
وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم بعوض
طاب له وما لا عوض له تصدق به **ويجبر من ابى** منهما
عن المضي فيها كالاجارة **الا رب البذر قبل رميه في**
الارض لانه لا يتوصل الي الوفاء بالعقد الا باتلاف بذره
وفيه ضررٌ عليه فلا يجبر علي ذلك كما لو استاجر اجير الهدم
داره بخلاف ما بعد رميه فانه لم يبق له عذرٌ يفسخ به وبخلاف
من لا بذر من قبله لان الوفاء به ممكن بلا ضرر يلحقه والعقد
لازم كالاجارة الا اذا وجد له عذرٌ تفسخ الاجارة به فتفسخ
المزارعة به **واذا امتنع** رب البذر والبذر والارضُ له **لا**
يلزمه اجر الكراب قضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد
قومه من الخارج ولا خارج بعده ويلزمه ان يعطيه مثل
اجر عمله ديانة لانه اشتغل باقامة هذه الاعمال ليحصل له
نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض منه فقد غرّهُ والغرور
مدفوع فيفتي بان يطلب رضاه **وتبطل بموت احدهما**
قبل الزرع وكذا بعده قياسا وفي الاستحسان ان كانت المدة
سنتين مثلا ومات رب الارض في السنة الاولي قبل ان

يستحصد الزرع تركت الارض في يد المزارع حتي يستحصد
ويقسم علي الشرط وينتقض في السنة الثانية لان ابقاء
العقد في السنة الاولي كان لمراعاة الحقين بخلاف الثانية
لانه ليس فيه اضرار بالعامل فيحافظ فيها علي القياس — ضرر
فان مضت المدة قبل ادراكه لزم العامل من اجر الارض
حصة نصيبه الي ان يستحصد لانه استوفي من منفعتها
ما ربيّ حصته بها وهذا لان العقد ينتهي بانقضاء المدة
الا ان في قلعه ضررا فبقيناه بالاجرة نظرا للجانبين
والنفقة علي الزرع علي مقدار حقهما حتي يستحصد لانه
عمل في مال مشترك حيث انتهي العقد بانتهاء المدة
واستحقاق العمل علي العامل انما كان في المدة بالعقد
ولم يبق وهذا بخلاف ما اذا مات صاحب الارض
والزرع بقلٌ حيث يكون العمل فيه علي العامل لان العقد
ثم يبق في المدة **واذا استحصد يلزمهما اجرة الحصاد**
حصد الزرع جزّهُ حصدا وحصادا من باب ضرب وطلب
والرفاع بالفتح والكسر لغة هو ان يرفع الي البيدر **والدياسة**
هو ان يوطأ الطعام بقوايم الدواب او يكرر عليه المدوس
حتي يصير تبنا **والتذرية** وهي تمييز الحب من التبن
بالريح **بالحصة فان شرطت علي العامل فسدت**
في ظاهر الرواية لانها تنتهي باستحصاد الزرع حتي لو دفعه
معاملة بعد ما استحصد ليقيم فيه الاعمال بالثلث
لم يجز فلم يكن الحصاد من عمل المزارعة في شيء فكان

شرطه مفسد للعقد لانه شرط لا يقتضيه العقد لاحدهما
فيفسده كشرط الحمل والطحن علي العامل **ويجيزها** ابو يوسف
اذا شرط ذلك علي المزارع **في رواية** وهي رواية اصحاب
الامالي عنه لانه متعارف وصار كشرط حذو النعل علي البايع
واختاره مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط
وهذا هو الصحيح في ديارنا والاصل ان ما كان من عمل
قبل الادراك كالحفظ والسقي فهو علي العامل لان العقد
عليه وما كان من عمل بعد تمام الادراك قبل القسمة
كالحصاد فهو عليهما لان الخارج ملكهما فالمؤنة فيه عليهما
بقدر الملك وما كان من عمل بعد القسمة كالحمل الي البيت
والطحن فهو علي كل واحد منهما في نصيبه خاصة لان
القسمة يتميز بها ملك احدهما عن الاخر فيكون التدبير
في ملك كل واحد منهما اليه والمعاملة علي هذا القياس
ما كان قبل ادراك الثمرة كالسقي والتلقيح والحفظ فهو علي
العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما
ولو شرط الجذاذ علي العامل لا يجوز بالاتفاق لعدم العرف
فيه وانما ترك ابو يوسف القياس في الحصاد للتعامل
ولا تعامل هنا وما كان بعد القسمة فهو علي كل واحد منهما
لما مر ولو شرط الحصاد في الزرع علي صاحب الارض لم
يجز بالاجماع لانه لا عرف فيه ولو ارادا قصل القصيل
او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب فهو عليهما لانهما اذا
اتفقا علي القطع فكانهما انهيا العقد فصار كالحصاد

بعد

بعد التناهي والله اعلم **والمساقاة** مفاعلة من السقي وتسمي
المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي
معاقدة دفع الاشجار والكروم الي من يقوم باصلاحها **بجزء**
معلوم **من الثمر فاسدة** عند ابي حنيفة كالمزارعة وبه اخذ
زفر **وهما اجازاها** وهو قول ابن ابي ليلي **ان ذكرا مدة**
معلومة لانها استيجار للعامل وفي هذا لا يصير المعقود عليه
معلوما الا ببيان المدة فان لم يبينها لم يجز العقد كما في المزارعة
وهذا هو القياس وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز
دفعه وتقع علي اول ثمرة تخرج لان لادراكها وقتا معلوما
وقل ما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن **وذكرا جزا شايعا**
منه كالنصف او الربع **وتصح في الشجر والرطاب واصول الباذنجان**
ونحوها من بقل وبطيخ **ولا نقصرها** نحن ومالك **علي النخل**
والكرم وقصرها الشافعي عليهما لان جوازها بالاثر وانما ورد
في النخيل والكرم ولنا ان جوازها للحاجة وهي تعم الكل ولان
الاصل في النصوص التعليل سيما علي اصله **فان دفع نخلا**
فيه ثمر يزيد بالعمل صحت والا اي وان لم يزد به **لا يصح**
وكذا الزرع اذا دفعه بقلا جاز وان استحصد لم يجز لان
العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر له بعد التناهي والادراك
فلو جوزناها لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف
ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الي العمل **ويستحق** العامل **الاجر**
اي اجر المثل اذا فسدت لانها في معني الاجارة الفاسدة
وتبطل بالموت كالمزارعة لانها عقد قايم بهما فيبطل بموت

وفي
علي حكم المس

احد هما ايهما كان الا ان يكون الخارج وقت الموت
بسرا او بقلا فان كان الميت رب الارض كان
للعامل القيام عليه حتي يدرك وان كره الوارث
استحسانا لان في انتقاض العقد بموته اضرارا بالعامل
وابطالا لما كان مستحقا له بعقد المعاملة وهو ترك الثمار
في الاشجار الي وقت الادراك ولو انتقض العقد لكلف الجذاذ
قبل الادراك وفيه ضرر عليه ولما جاز نقض الاجارة لدفع
الضرر فلا يجوز بقاؤه لدفع الضرر اولي وان كان الميت
العامل كان لوارثه ذلك وان كره رب الارض لانه
قايم مقامه وفيه نظر للجانبين ولو اراد العامل او وارثه
ان يجذه قاسمه المالك او وارثه لان ابقاء العقد لدفع
الضرر عنه او عن وارثه فاذا رضي بالتزام الضرر انتقض العقد
الا انه لا يملك الحاق الضرر بالمالك فان شاء الترمه
وصرم البسر واعطاه منه سهمه او اعطاه قيمة نصيبه
من البقل او البسر ويكون[٢] الكل له او انفق عليه حتي يبلغ ويصير[٢]
البسر او البقل ويرجع بها اي بالنفقة كلها في حصته
لان العمل كان عليه فيلزمه بدله ولو انقضت المدة قبل
الادراك كان الحكم كذلك اي كما ذكرنا في موت احدهما
ولا يلزمه اي العامل اجر الشجر لو قام عليه لان الشجر
لا يجوز استيجاره بخلاف انقضائها في المزارعة لان الارض
يجوز استيجارها وكذلك العمل كله علي العامل هنا وفي المزارعة
عليهما بعد انقضاء المدة لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد

انتهاء

انتهاء المدة علي العامل لا يستحق عليه العمل وهنا لا اجر
فجاز ان يستحق العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها وتفسخ
بالعذر بان يكون العامل سارقا معروفا بالسرقة يخاف
منه علي سرقة التمر والسعف قبل الادراك لانه يلزم
صاحب الارض ضرر لم يلزمه فيفسخ به او يكون مريضا
لا يقدر علي العمل لان في[٢] استيجار الاجير الحاق ضرر به الزامه[٢]
لم يلتزمه بالعقد فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك العمل
هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احدهما ان يشترط
العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضا
الي رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا علي ان يكون
الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين
لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل
الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس ~~والغرس~~ لرب الارض
وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معني
قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو
نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها
بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس
لتقومها بنفسها ولو دفعها اليه علي ان ما يزرع فيها من حنطة
او شعير او شيء من غلة الصيف والشتاء وما يغرس فيها
من شجر او نخل او كرم يكون بينهما اثلاثا لصاحب الارض
ثلثه وللعامل ثلثاه جاز وهو علي ما شرطا والله تعالى اعلم

كتاب احياء الموات

لما فرغ من المزارعة والمساقاة شرع في بيان احكام الموات لانه
لانه انتفاع بالارض ايضًا لكن بعد تملكها بعمل مخصوص
هي ارض تعذر زرعها لكثرة الشجر او الحجر فيها او لانقطاع
الماء عنها في ارض لا تزرع الا بماء الانهار او الابار او لغلبته
عليها بغمره اياها ونحو ذلك مما يمنع من الزراعة غير مملوكة
لمسلم ولا ذمي والا لا تكون مواتا وان جهل مالكها بل تكون
للمسلمين لا يختص بها واحد منهم حتي اذا جاء مالكها ياخذ
مع تضمين نقصانها الزارعها وهو المختار للفتوي بعيدة عن
العامر اي عن المعمور كماء دافق اي مد فوق ويقدره ابو يوسف
بما اي بمكان لا يصل اليه صياح من باقصي اي منتهي
العامر وفي رواية عنه انه قدر البعيد بغلوة قال القاضي
فخر الدين واصح ما قيل فيه ان يقف رجل علي طرف عمران
القرية فينادي باعلي صوته فالي اي موضع ينتهي اليه صوته
يكون من فناء العمران الا ان اهل القرية يحتاجون الي لان
ذلك لرعي المواشي وغيرها وما وراء ذلك يكون من الموات وغيره
اذا لم يعرف لها مالك لا بانقطاع ارتفاق اهل القرية
وان قرب منها اي من القرية فالحاصل ان عند
ابي يوسف يدار الحكم علي القرب والبعد وعند محمد
يدار علي حقيقة الارتفاق ويلحق به اي بالموات ما عدل
نحو الفرات من الانهار عنه ولم يحتمل عوده اليه
اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر
الماء يدفع قهر غيره وان احتمل عوده اليه لا يكون مواتا

فلا يجوز

فلا يجوز احياؤه لحاجة العامة الي كونه نهرا واذن الامام
بالاحياء شرط الملك عندنا اي عند ابي حنيفة وهما
نفياه كالشافعي ومالك لقول النبي عليه السلام من اعمر
ارضًا ليست لاحد فهو احق رواه البخاري من حديث
عايشة ولفظ ابي يعلي عنها من احيا ارضًا ميتة فهي له
وليس لعرق ظالم حق وفي رواية الطبراني عن فضالة
ابن عبيد قال قال رسول الله عليه السلام الارض
ارض الله والعباد عباد الله من احيا ارضا مواتا فهو له
ولانه مباح سبقت يده اليه فكان احق به كما لو اخذ صيدا
او حطبا او حشيشا او وجد معدنا في موضع لا حق لاحد
فيه ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما
طابت به نفس امامه رواه الطبراني وفيه ضعف من
حديث معاذ وعلي تقدير صحته فانه لا دلالة لاعم
علي أخص ولان الاراضي كانت في ايدي المشركين ثم
صارت في ايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب
وما يكون بهذه الصفة لا يختص احد بشيء فيه بغير
اذن الامام كالغنايم ولو حجر ارضا ثلاث سنين ولم
يزرعها دفعها الامام الي غيره لقول عمر رضي الله عنه
من احيا ارضا ميتة فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث
سنين رواه الطبراني الا ان في سنده الحسن بن عمارة
وهو ضعيف وسعيد عن عمر فيه كلام ولان الامام انما
دفعها الي الاول ليعمرها فتحصل للمسلمين منفعة العشر

اوالخراج فاذا المحصل يدفعه الي غيره ليحصل المقصود
وحريم بيئر الناضح وهي التي ينزح الماء منها بالبعير
اربعون ذراعا عند ابي حنيفة من كل جانب في الصحيح
كالعطن اي كحريم بيئر العطن وهي التي ينزح منها الماء
باليد فانه اربعون ذراعا من كل جانب علي الصحيح ايضا
وقيل من كل جانب عشرة فيهما وقالا حريمها ستون
ذراعا كخمسماية للعين من كل جانب علي الاصح وهو
قول الزهري وقيل خمسماية من الجوانب الاربعة من
كل جانب ماية وخمسة وعشرون ذراعا وفي بعض
نسخ القدوري حريم العين ثلاثماية ذراع وعليها اعتمد
الاقطع وهو قول سعيد بن المسيب وقدر حريم القناة
وهي مجري الماء تحت الارض بقدر مايصلحها علي
المذهب لحصول المقصود به وعدم ورود تقدير شرعي
فيه وعن محمد انها بمنزلة البيئر في استحقاق الحريم وقيل
هو عندهما وعنده لاحريم لها مالم يظهر الماء لانه نهر
في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء
علي الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسماية
ذراع وحريم الشجر لخمسة اذرع من كل جانب لما في
ابي داود عن ابي سعيد الخدري قال اختصم الي النبي
عليه السلام رجلان في حريم نخلة فامر بها فذرعت
فوجدت سبعة اذرع وفي رواية فوجدت خمسه اذرع
فقضي بذلك وفي لفظ له قضي رسول الله عليه السلام

في حريم النخلة طول عسيبها ورواه الطحاوي في اثاره
ولفظه اختصم رجلان الي النبي عليه السلام في نخلة
فقطع منها جريدة ثم ذرع بها النخلة فاذا انها خمسة
اذرع فجعلها حريمها وفي مستدرك الحاكم عن
عبادة بن الصامت ان النبي عليه السلام قضي في النخلة
ان حريمها مبلغ جريدها ويمنع الغير من الحفر و
الغرس فيه اي في الحريم لصيرورته ملكا له والنهر
الكبير في ملك الغير لاحريم له عندنا اي عند ابي حنيفة
الا بحجة شرعية اودلالة تدل عليه كطين ملقي
علي مسناته او شجر مغروس له فيها وكونها ارفع
من الارض وهما جعلا له المسناة كالشافعي ومالك
لان القول لذي اليد عند المنازعة وصاحب النهر
مستعمل لحريم النهر لاستمساك الماء في النهر
والاستعمال يد فباعتبار انه في يده جعل القول قوله
كما لو تنازعا في ثوب واحدهما لابسه ولابي حنيفة
ان الحريم اشبه بالارض صورة لاستوائهما بخلاف
النهر ومعني لصلاحيتهما للغرس والزراعة والظاهر
شاهد لمن في يده ماهو اشبه به كما لو تنازعا في مصراع
باب ليس في يد احدهما والمصراع الآخر معلق علي باب
احدهما فانه يقضي لمن هو في يده ما هو اشبه بالمتنازع
فيه والقضاء في موضع النزاع قضاء ترك ولامنازعة فيما
به استمساك الماء انما هي فيما وراءه مما يصلح للغرس

علي انه ان كان ممسكا به ماء نهره فالاخر دافع به المآء
عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر
لا ملكه كحايط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من
نقضه رعاية لحق صاحب الجذوع وثمرة الخلاف تظهر
في موضعين احدهما انه اذا كان علي المسناة اشجار ولا
يدري من غرسها فعنده لرب الارض وعندهما لرب
النهر وثانيهما ان ولاية الغرس علي المسناة لرب الارض
عنده وعندهما لرب النهر والقآء الطين قيل هو علي الخلاف
وقيل لرب النهر ذلك مالم يفحش وهو الصحيح ويقدر
هنا ابو يوسف بنصف عرض النهر من كل جانب
لان النهر ملكه فيستتبع مثله ويوزع علي الحالتين٢ لا بكله
اي لا بعرض كله من كل جانب كما قال محمد وهذا ارفق
بالناس وقيل الخلاف بينهما بعكسه يعني الحاكم
بالكل من كل جانب ابو يوسف وبالنصف من كل جانب
محمد فالخلاف علي الوجه الاول ذكره صاحب الهداية
وابو الليث ونصير بن يحيي وعلي الوجه الثاني ذكره خواهر زاده
عن النوادر وهذا يستلزم ان يكونا مرويين عنهما
الا ان كل واحد نقل ما وقف عليه ولهذا نظاير كثيرة والله اعلم

الجانبين ع٢

مسايل الشرب

ذكر الشرب عقيب احيآء الموات ظاهر المناسبة لاحتياجه
اليه والشِرْبُ بالكسر النصيب من المآء وفي الشريعة
عبارة عن نوبة الانتفاع بالمآء سقيا للمزارع اوالدواب

اشترك الناس والبهايم في الانهار العظام كالنيل
~~والفرات~~ وهو نهر مصر والفرات وهو نهر الكوفة
ودجلة بغير حرف تعريف نهر بغداد وسيحون نهر
الترك وجيحون وهو نهر ترمذ وخوارزم في الشفة اي
في الشرب وفي سقي الاراضي للزراعة وفي نصب الارحية
واجر المآء اليهما لانها مباحة في الاصل اذ قهر المآء
يمنع قهر غيره ان لم يضر بالعامة ومنع ان ضرهم لان
دفعه عنهم واجب وذلك في ان يميل المآء الي هذا
الجانب اذا انكسرت ضفته فتغرق القري والاراضي
ويشترك ايضاً في الانهار المملوكة والابار والحياض
في الشفة لا غير ولا يمنع شئ منها اي من الشفاة وان
اتت عليه كله شربا في المختار لقول النبي صلي الله عليه
وسلم المسلمون شركاء في ثلاث في الكلاء والمآء والنار
رواه ابو داود وابن ماجة ولان البير ونحوها لم يوضع
للاحراز والمباح لا يملك بدونه وقيل يمنع لقطع حقه
عند الاتيان عليه قلنا لا ترده المواشي في كل وقت فصار
كالمياوَمة الا اذا خيف تخريب النهر لكثرة البقور
فحينيذ له المنع صونا لملكه عن الفساد ومنع الشفة ضمني
ويوخذ منها اي من المملوكة بالجرار لسقي شجر او
خضر في الدار علي الاصح لان الناس يتوسعون فيه
ويعدون المنع من الدناءة ويوخذ منها للوضوء وغسل
الثياب في الصحيح لان الأمَر بالوضوء من النهر والغسل

فيه كما قيل يؤدي الي الحرج وهو مدفوع وقيل ليس لهم ذلك
لان الشركة ثبتت في حق الشفة لا غير ولا ينتفع احد
بالمحرز في الاناء كالقربة والجرة ونحوهما الا باذن
صاحبه لانه يملك بالاحراز وينقطع حق غيره عنه
كالصيد الماخوذ ولو حفر انسان بيرا في ملكه او كان فيه
حوض او عين ونهر جاز له منع الغير من الدخول فيه
للشرب من مائه اذا وجد ماء اخر بقرب هذا الماء فان
لم يوجد غيره مكنه منه اي من الدخول لياخذه بنفسه
بشرط ان لا يكسر ضفته لان له حق الشفة في الماء الذي
في حوضه ونهره عند الحاجة او اخرجه اليه فان منعه
منه وخاف علي نفسه او دابته العطش قاتله حتي
بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء
في البير مباح غير مملوك وقيل يقاتله بغيره اي بغير
السلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير
له كما يقاتله بغيره في الماء المحرز بالاناء لانه ملك محرز
لصاحبه ولهذا كان آخذه ضامنا له وكذا الطعام عند
المخمصة وتصح دعوي الشرب بلا ارض استحسانا والقياس
ان لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعي في الدعوي
والشهادة والشرب مجهولة جهالة لا تقبل الاعلام ووجه
الاستحسان ان الشرب قد يملك بغير الارض ارثا
او وصية وقد يبيع الارض بدونه فيبقى له وحده وهو
مرغوب فيه منتفع به فتصح فيه الدعوي ويورث لانه

قد يملك

قد يملك ما لا يملك ساير اسباب الملك كالقصاص والدين
والخمر فانها تملك بالارث فكذا الشرب ويوصي بالانتفاع
به سقيا يوما او سنة لا بعينه ويخرج من الثلث ولا يباع
لجهالته ولا يوهب ولا يتصدق به لعدم امكان تسليمه
ولو اختصم الشركاء فيه ولا بينة لاحد منهم علي ما يدعيه
كان بينهم علي قدر اراضيهم لان المقصود به سقي الارض
والحاجة الي ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر
ان حق كل واحد منه بقدر ارضه وبقدر حاجته بخلاف
الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة
علي نمط واحد وليس لاحدهم ان يشق منه نهرا لان
فيه كسر الضفة المشتركة وشغل ملك مشترك بالبناء
او ينصب عليه رحي الا ان لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون
موضعها في ارض صاحبها فانه يجوز لان البناء يحدثه في
خالص ملكه وبسبب الرحي لا ينتقص الماء بل ينتفع
صاحب الرحى بالماء مع بقائه بحاله ومعني الضرر بالنهر
كسر ضفته وبالماء تغيره عن سننه الذي يجري عليه
او ينصب دالية او يبني جسرا او قنطرة لانها بمنزلة الرحي
او يوسع فم نهره لانه يكسر الضفة به ويزيد علي قدر
حقه في اخذ الماء اما في الموضع الذي لا تكون القسمة
بالكوي فظاهر وكذا في الموضع الذي يكون بالكوي لانه
اذا اوسع فم النهر ينحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل
في كونه اكثر مما يدخل اذا لم يوسع فمه وكذا اذا اراد

ان يؤخرها عن فمه فيجعلها في اربعة اذرع من فم النهر
الي اسفله فليس له ذلك لان الماء يحتبس في ذلك الموضع
فيزداد دخول الماء ولو اراد ان يجعلها اعمق مما كانت
او ان يرفعها الي وجه الارض وهي في ذلك الموضع له ذلك
في الاصح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة
وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة وانما
يمنع من توسع الكوة ولا يمنع من ان يسفلها او يرفعها
لانه ليس فيه تغيير ما وقعت القسمة عليه او ان يقسم
بالايام بعد وقوع القسمة بالكوي لان الاصل ان ما وجد
قديما يترك علي حاله ولا يغير الا بحجة اذ شرا الامور محدثاتها
او ان يسوق شربه الي ارض له اخري ليس لها فيه شرب
فيما مضي لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ادعي لهذه الارض
شربا من هذا النهر مع الاولي واستدل علي ذلك بالنهر
المعد لاجراء الماء فيه من ذلك النهر الي هذه الارض
بلا رضاهم فان رضوا جاز كل منها لاسقاط حقهم ولو
ملاء ارضه ماء لسقيها بقدر ما تحتمل علي الوجه المعتاد
فنزت ارض جاره او غرقت لم يضمن لعدم صيرورته
متعديا بهذا السقي والغرق ضمني فلا يوجب ضمانا الا اذا
كان فيها نقب او شق علم به ولم يسده او كانت ارض
جاره في هبطة بحيث يتعدي الماء اليها ولم يضع
لها مسناة لصيرورته متعديا حينئذ كمن صب ماء
في ميزاب وهو يعلم ان تحته متاع لانسان يفسد به فانه

يضمنه

يضمنه وان لم يعلم به لا وذكر في الاصل ان في النقب
لا يكون ضامنا ولم يفصل والصحيح انه علي التفصيل الذي
ذكرناه وتكري الانهار العظام التي ليست مملوكة لاحد
كالنيل والفرات من بيت المال الخراجي لان ذلك من
حاجة عامة المسلمين ومال بيت المال معد للصرف الي
مصالحهم فان لم يكن فيه شئ يكري به يجبر الناس
علي الكري ان احتاجوا اليه اي الي مائه لان الامام يخرج له
من يطيقه ويجعل مونته علي المياسير الذين لا يطيقونه
بانفسهم كما في تجهيز الجيوش وتكري المشتركة من
مال الشركاء لان المنفعة تعود اليهم علي الخصوص فيكون
٢ بخصوصهم مونة الكري عليهم[٢] لان الغرم بالغنم والحد الفاصل
بين العام والخاص ان ما يستحق به الشفعة فهو خاص
وما لا فهو عام دون اهل الشفة لانهم لا ملك لهم
فيه وانما حقهم في الشرب اذا وجد الماء فكانوا اتباعا
والكري انما هو علي الاصول وقيل يجبرهم الامام عليه
ويجبر الآبي منهم عليه لان فيه دفع الضرر العام
وهو ضرر بقية الشركاء بتحمل الضرر الخاص مع ان
٢ يحصنوه في مقابلته عوضا ولو ارادوا ان يحصنوه[٢] خيفة الانبثاق
وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي
والا فلا لان التدبير في الملك الي المالك ونهاية الكري
في المشترك بمجاورة ارض كل منهم عند ابي حنيفة
وقالا بنهاية كري النهر من اوله الي آخره بحصص الشرب

وبيانه ان الشركآء في النهر اذا كانوا عشرة فمؤنة الكري من اوله
علي كل واحد عشر الي ان يجاوز ارض احدهم فحينئذ تكون
المؤنة علي الباقين اتساعًا الي ان يجاوز ارضا اخري ثم تكون
علي الباقين اثمانا وعلي هذ التفصيل الي آخر النهر وعندهما
المؤنة عليهم من اول النهر الي آخره لان لصاحب الاعلي حقا
في اسفله لحاجته الي تسييل الفاضل من المآء فيه فاذا سدّ
ذلك فاض علي ارضه فيفسد زرعه فتبين ان كل واحد
منهم ينتفع بالنهر من اوله الي آخره ولهذا تستحق الشفعة
بمثل هذ النهر وحق اهل الاعلي واهل الاسفل في ذلك
سوآء فاذا استووا في الغنم يستوون في الغرم وهو مؤنة
الكري **ولابي** حنيفة ان مؤنة الكري علي من ينتفع بالنهر
بسقي الارض منه فاذا جاوز الكري ارض رجل فليس له
في كري مابقي منفعة الارض فلا يلزمه شئ من مونته
ثم منفعته في اسفل النهر من حيث اجرآء فضل المآء
وصاحب المسيل لا يلزمه شئ من عمارة ذلك الموضع
كما اذا كان له مسيل علي سطح غيره كيف وانه يمكنه
دفع المآء عن ارضه بسده من اعلاه اذا استغني عن
المآء وعن محمد انه يرفع عنه اذا جاوز فوهة نهره والاول
اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله
واذا جاوز الكري ارضه قيل له ان يفتح المآء ليسقي
ارضه لانتهآء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك
مالم يفرغ شركآؤه نفيا لاختصاصه بالانتفاع بالمآء دونهم والله تعالي اعلم

كتاب الشركة

ـ.ـ.ـ كتاب الشركة ـ.ـ.ـ

ذكر الشركة بعد الشرب ظاهر المناسبة **لما فيهما من الاشتراك**
تنقسم الشركة الي شركة **املاك** والي شركة **عقود فان**
ملكا عينا ارثا اي من جهة الارث **او وصية او شرا او هبة**
او صدقة او استيلاء علي مباح او خلطا ماليهما قصدا
او اختلطا بدونه كما لو انشق قصورتا رجلين فاختلط
ما فيهما بحيث لا يمكن التمييز بينهما اصلا كالبر بالبر
اوالدهن بالدهن او **بحيث يعسر التمييز** كالحنطة بالشعير
كانت شركة ملك وركنها اجتماع النصيبين وحكمها وقوع
الزيادة علي الشركة بقدر الملك **ويتصرف كل منهما في نصيبه**
فقط لان كل واحد منهما كالاجنبي عن نصيب صاحبه
بلا اذن الآخر لتصرفه في خالص ملكه **الا في** صورتي
الخلط والاختلاط والفرق ان الشركة ثمة بنآء علي سبب
موضوع للملك فيجوز له البيع مطلقا وهنا بنآء علي ما هو
غير موضوع للملك فلا يصير جزء منها مشتركا بينهما بل كل
حبة منها لاحدهما لا محالة خصوصًا في اختلاط الحنطة
بالشعير فاذا باع نصيبه من غير شريكه لا يقدر علي
تسليمه الا مخلوطا بنصيب شريكه فيتوقف علي اذنه
بخلاف بيعه منه للقدرة علي التسليم والتسلم **وان**
قال احدهما شاركتك في كذا وقبل الآخر انعقدت
الشركة **مفاوضة** قيل اشتقاقها من التفويض فان
كل واحد منهما يفوض التصرف الي صاحبه في جميع مال التجارة

او من المساواة قال القايل ٥ لا تصلح الناس فوضى لا سُرَاة لهم ٥
ولا سَرَاة اذا جُهّالهم سادوا ٥ يعني متساويين فلما كان
هذا العقد مبنيا علي المساواة في المال والربح سمي مفاوضة
ان تضمنت وكالة او كفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود
وهو الشركة في المال واما الكفالة فلتحقق المساواة فيما
هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة اليهما جميعا
وتساويا مالا تصح في الشركة وتصرفا ودينا فلا تصح بين
حر وعبد ولا بين صبي وبالغ لفقد التساوي اذ الحر البالغ
يستبد بالتصرف والكفالة والعبد لا يملك واحدا منهما الا
باذن السيد والصبي لا يملك الكفالة وان اذن له بها وليه
ويجيزها ابو يوسف **مع اختلاف الدين بكراهة** للتساوي
بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه
احدهما كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي فانها جايزة ويتفاوتان
في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي
الي الجايز من العقود فربما يصير سببا لوقوع المسلم في الحرام
ولهما ان مبناها علي المساواة ولا مساواة بينهما في التصرف
فان الذمي اذا اشتري براس المال خمورا او خنازير يصح ~~ولو~~
ولو اشتراها المسلم لا يصحُ والمساواة متحققة بين الحنفي والشافعي
لقيام الدلالة علي عدم تقوم متروك التسمية عمدا ولا يحل التصرف
~~التصرف~~ لهما فيه لثبوت ولاية الالزام بالحاجة فتثبت المساواة
تحقيقا او تقديرا وهي منقطعة عن اهل الذمة لتركنا اياهم
وما يدينون **ويقع مايشتريه كل** منهما **مشتركا** بينهما الا ان

مقتضي المفاوضة المساواة وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه
في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما **الا طعام اهله**
وكسوتهم وكسوته فانها تكون له خاصة استحسانا و
القياس ان تكون علي الشركة لانها من عقود التجارة فكان
من جنس مايتناوله عقد الشركة وجه الاستحسان
انه مستثني عن مقتضي المفاوضة ضرورة اذ كل منهما حين
شارك صاحبه كان عالما باحتياجه الي ذلك في مدتها
ومعلوم انهما لم يقصدا بها ان تكون نفقة كل منهما
علي شريكه وانه لا يتمكن من تحصيلها الا بالشراء
فصار كل منهما مستثنيا هذا المقدار من مقتضاها
والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط
بالمقال **ويلزم كلا** منهما **ما لزم الآخر** من الدين تحقيقا
للمساواة **بدلا عما تصح فيه الشركة** فمما يصح فيه
الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر
الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد **وكفالة احدهما**
بمال عن اجنبي باذنه يلزم شريكه ايضً عند ابي حنيفة
وهما قصراها علي الكفيل لانها تبرع ولهذا لا تصح من الصبي
والعبد المأذون والمكاتب ولو صدرت من المريض تنفذ
من الثلث وصارت كالاقراض والكفالة بالنفس
ولابي حنيفة انها تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب
الضمان بما يودي علي المكفول عنه حيث كانت بامره
فبالنظر الي البقاء تتضمنها المفاوضه وبالنظر الي الابتداء

لم يصح ممن ذكر ويصح من الثلث بخلاف الكفالة بالنفس
لانها تبرع ابتداء وانتهاء اذ لا يستوجب قبل المكفول
عنه شيئا واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه يلزم صاحبه
ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثله حكم عينه لا حكم البدل
حتي لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق فيه المفاوضة ولو كانت
الكفالة بغير امر لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معني
المفاوضة ومطلق الجواب في الجامع الصغير محمول علي
المقيد **واقراره** اي اقرار احد المتفاوضين **بدين**
لنحو ابويه ممن لا تقبل شهادته له **مقصور عليه**
اي علي المقر عند ابي حنيفة وقالا يتعدي حكمه الي
شريكه وهذا الخلاف مبني علي اختلافهم في ان الوكيل
لا يملك العقد معهم ويملكه عندهما **وشراؤه** اي
شراء احدهما **امة للوطي باذن شريكه لا يوجب**
عليه ضمان حصته اي حصة شريكه عند ابي حنيفة
وهما اوجباها عليه لانه اشتراها لنفسه لانها حلال
له وقد ادي الثمن من مال الشركة وله ان عقد
الشركة يتناول شراها بالاجماع ولم تكن مستثناة
من العقد لقصور الحاجة ولا يتعين العقد بعد الاذن
لعدم الضرورة لامكان حل الوطئ بالهبة فتكون الامة
علي الشركة ويجعل الاخر بالاذن واهبا نصيبه منها
فلا يكون له حق الرجوع **ويخص** ابو يوسف **الغاصب**
بضمان ما غصبه او استهلكه لان هذا الضمان واجب

بسبب

بسبب ليس بتجارة فلا يلزم شريكه ولان المستهلك لا يحتمل
الشركة وجعله ابو حنيفة ومحمد عليهما لان ضمان الغصب
والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار الماذون
والمكاتب به ومواخذتهما في الحال ولانه بدل مال محتمل
للشركة لانه انما يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل
للملك **ولو ادعي المشتري عيبا فيما اشتراه من احدهما**
واراد رده علي غير البايع فانكرا وجوده **يكتفي** ابو يوسف
بيمين البايع علي البتات بانه باعه وسلمه ومابه عيب لانه
كالنايب عنه في الخصومة والوكيل لا يستحلف علي فعل
موكله **وضم** اليه محمد **يمين الآخر** علي نفي العلم لان
كلا منهما كفيل عن الاخر والكفيل يحلف علي نفي العلم
اذا انكر سبب المطالبة ولو اراد رده علي البايع يستحلف
وحده علي البتات اتفاقا **وادعي** رجل **مفاوضة** اي شركة
مفاوضة **علي آخر** وان المال الذي في يده مال الشركة
فانكر المدعي عليه **فبرهن** المدعي وقضي عليه بها **وادعي**
المنكر **ملكية عين في يده** وانها ليست بداخلة في
الشركة **ببينة يردها** ابو يوسف لان ذا اليد صار
ببرهان خصمه مقضيا عليه بان ما في يده مال الشركة
فلو قبلت بينته علي دعواه لصار مقضيا له في تلك
الحادثة وانه لا يجوز الا بتلقي الملك من جهة خصمه
وقبلها محمد لانها انما قامت علي المفاوضة في الماضي وعلي
كون المال في يده والقضاء انما يكون بالمشهود به فكان مقضيا

عليه بانه كان مفاوضًا وان المال في يده فان ادعي عينًا بميراث
ونحوه لاتكون دعواه فيما هو مقتضي به فيقبل كما لو كانت
المفاوضة ثابتة عيانًا او بالاقرار **وتنقلب** المفاوضة
عنانًا بملك احدهما **ماتصح فيه الشركة** كالدراهم
والدنانير بارث اوهبة وقبضها لفوات شرطها وهو التساوي
فيما يصلح ان يكون راس المال ابتداء وبقاء لان لولد وامها
حكم ابتدائها لكونها عقدًا غير لازم بخلاف ملكه عرضا
اوعقارا او دينا لعدم صحة الشركة فيه **ولايصحان** اي
المفاوضه والعنان في شئ من الاموال **الا بالنقدين**
والتبر النافق في التعامل كالمضروب لان الشركة في العروض
تودي الي ربح مالم يضمن لانه اذا كان راس المال عرضا
صار كل واحد وكيلا عن صاحبه ببيع متاعه علي ان يكون
له بعض ربحه والوكيل بالبيع امين فاذا شرط له جزء من
الربح كان ربح مالم يضمن بخلاف النقود لان كل واحد
وكيل عن صاحبه بالشراء بماله ومايشتريه كل منهما براس المال
لايتعلق به بل يثبت في الذمة لعدم تعينها بالتعيين فيكون
الثمن واجبا عليهما فيكون الثمن والربح بينهما ضرورة فيكون
ربح ماضمن ولان راس المال لوكان عرضا فاول تصرف
يوجد بعد الشركة يكون بيعا ولا يصح ان يبيع احد ماله
علي ان يكون غيره شريكه في الثمن وهنا اول تصرف يوجد
يكون شراء ويجوز ان يشتري انسان بماله شيئا علي ان يكون
بينه وبين غيره **واجازها** اي محمد الشركة **بالفلوس النافقة**

بلاتردد يعني روي عن ابي يوسف الجواز بها وعدمه وعن
ابي حنيفة وجه الجواز كونها تروج كالاثمان فاخذت حكمها
ووجه عدمه ان الرواج فيها عارض باصطلاح الناس وذلك
يتبدل ساعة فساعة فلوجوزنا الشركة بها ادي الي جهالة
راس المال عند قسمة الربح اذا كسدت تلك الفلوس واحدث
الناس غيرها لان راس المال عند قسمة الربح تحصل باعتبار
المالية لاباعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد
ويمنعها ابو يوسف **بالمكيل والموزون المتجانسين** كالمتخالفين
والمعدود المتقارب كالجوز والبيض **بعد الخلط** لما بينا
كقبله اي قبل الخلط فانه لايجوز اتفاقا ولكل واحد منهما
متاعه وله ربحه وعليه وضيعته **واجازها** محمد وفايدة الخلاف
تظهر فيما اذا شرطا الربح زيادة علي نصيبه فعند ابي يوسف
لايستحق تلك الزيادة بل الربح لكل واحد منهما بقدر ملكه وعند
محمد هو بينهما علي ما شرطا وجه قول ابي يوسف وهو ظاهر
الرواية عن ابي حنيفة ان ما يصلح راس مال الشركة لايختلف
الحكم فيه بالخلط وعدمه وهذا لان قبل الخلط انما لم تصح
الشركة به لانه يتعين بالتعيين وهذا المعني لايبطل بالخلط
ولمحمد ان المكيل والموزون عرض من وجه حتي يتعين
بالتعيين ثمن من وجه حتي صح الشراء به دينا في الذمة اذ
هو من احكام الثمن فلشبهه بالعرض لم تصح الشركة به
قبل الخلط ولشبهه بالثمن صحت الشركة به بعد الخلط
توفيرا علي الشبهين حظهما بخلاف العروض فانها ليست

ثمنا بحال وتصح الشركة ان باع كل منهما نصف عرضه
بنصف عرض الآخر ثم عقدا الشركة فيصير العروض
راس مال الشركة وهذا لان راس مال كل واحد منهما
يكون معلوما علي المناصفة قطعا ولا يكون فيه ربح ما لم
يضمن فيجوز في المختار تبعا للقدوري واختيار شيخ الاسلام
وصاحب الذخيرة والمزني من اصحاب الشافعي ومال شمس الائمة
وصاحب الهداية الي انه لا يجوز عقد شركة لما بينا ان العروض
لا تصلح راس مال الشركة لبقاء جهالة راس المال والربح
عند القسمة ولا يخفي ضعفه لما بينا من زوال كل منهما
وانعقدت عنانا ان تضمنت وكالة فقط وانما تضمنت
الوكالة ليتحقق مقصود الشركة وهو التصرف في مال الغير
اذ لا يكون الا بها عند عدم الولاية دون الكفالة لانها
انما تثبت في المفاوضة ضرورة المساواة التي تقتضيها
المفاوضة وهذا اللفظ لا ينبئ عنها لانه ماخوذ من قولهم
عنّ لي كذا اي عرض قال ابن السكيت كانه عنّ لهما فاشتركا
فيه قال امرؤ القيس ٥ فعنّ لنا سِربٌ كان نعاجه ٥
عذارا دُوارٍ في ملاءٍ مذيّلِ ٥ اي عرض وزعم بعض
اهل اللغة ان هذا شئ احدثه اهل الكوفة ولم تتكلم به
العرب وليس كذلك فقد قال النابغة ٥ وشاركنا قريشا
في تقاها ٥ وفي احسابها شرك العنان ٥ وقيل هو ماخوذ
من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي لان
كلا منهما جعل عنان التصرف في بعض المال الي صاحبه

وتصح

وتصح عند نا مع التساوي في راس المال دون التساوي في
الربح وفي عكسه بان يتفاوتا في راس المال ويتساويا في
الربح ان شرطا الاكثر للعامل او لاكثرهما عملا وان شرطاه
~~الخلط~~ لاقلهما عملا لا يجوز ومع اختلاف الجنس بان
كان من احدهما دراهم ومن الآخر دنانير ومع عدم الخلط
اي خلط المالين علي ظاهر الرواية فيهما وما افسدناها
في هذه الصور الثلاث كما افسدها زفر والشافعي ومالك
واحتجوا بان التفاضل في احدهما مع التساوي في الآخر يؤدي
الي ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا
فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان لان الضمان بقدر راس
المال ولان الاصل عندهم ان الشركة في الربح بناء
علي الشركة في المال فكان الخلط شرطا واتحاد الجنس
من ضرورته واحتج لنا في المبسوط بقوله عليه السلام
المسلمون عند شروطهم وبقول عليّ رضي الله عنه الربح
على ما شرطا والوضيعة علي قدر المال وبان جواز هذا العقد
لحاجة الناس اليه والحاجة ماسّة الي هذا الشرط اذ قد
يكون احدهما احذق من الآخر في وجوه التجارة فلا يرضي
بان يساويه صاحبه في استحقاق الربح مع حذاقته وخرق خرق ٢ب
صاحبه ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال كما في المضاربة
فبالعمل مع المال اولي وفي الكافي بان الشركة عقد توكيل
من الطرفين يشتري كل واحد منهما بماله علي ان يكون
المشتري بينهما وهذا لا يفتقر الي الخلط وهذا لان العقد

يسمي شركة فلابد من تحقيق معني هذا الاسم فيه
فاما الشركة في الفرع بسبب الشركة في الاصل فلا
اختصاص لها بالعقد فاذا كانت الشركة في الربح
مستندة الي العقد لم تشترط المساواة والخلط والاتحاد
وقيل هذه المسئلة بناء علي ان الدراهم والدنانير يتعينان
عندهم في العقود كالسلع وعندنا لا يتعينان فاذا لم يتعينا
لا يستفاد الربح براس المال بل بالتصرف لكونه اصيلا
في النصف ووكيلا في النصف واذا تحققت الشركة في
التصرف مع عدم الخلط تحققت في الربح المستفاد كالمضاربة
ولا يشترط الاتحاد والمساواة في الربح وتصح شركة الوجوه
والتقبل **وطولب المشتري فقط بالثمن** دون الآخر
لما بينا انها تتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل
في حقوق العقد **ورجع علي شريكه بحصته** منه ان
ادّي من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته
والوكيل بالشراء اذا نقد من مال نفسه يرجع علي موكله
وصح تأجيله ثمن ما باعه شريكه ان قيل له اعمل
برايك في مال الشركة لان التأجيل في حظه بالاصالة
وفي حظ شريكه بالنيابة **والا** اي وان لم يقل كل منهما لشريكه
ذلك **فهو** اي التأجيل **باطل** عند ابي حنيفة في الحظين
لاستلزام جوازه قسمة الدين قبل القبض ليتميز نصيبه عن
نصيب شريكه في تعجيل المطالبة وعدمه وذا لا يجوز **وهما**
اجازاه في حصته لانه اجلّ حقه وحق شريكه فيصح في حق

نفسه

نفسه لانه اصيل فيه ولم يصح في حق شريكه لانه انما يصح بالاستنابة
ولم توجد **وتبطل** الشركة **بموت احدهما** لانها تقتضي الوكالة
وهي تبطل بالموت **ولو حكما** بان ارتد او لحق بدار الحرب
وتبطل بهلاك المالين او احدهما قبل الشراء به لان
المعقود عليه في عقد الشركة المال وانه يتعين فيه كما
يتعين في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل
العقد كما في البيع اذ العقد لا يبقي بدون محله كما لا يثبت
بلا محله **لا** بهلاكه **بعده** اي بعد شراء احدهما بماله
لان الشركة قايمة بينهما حال الشراء فوقع الملك
مشتركا بينهما فلا يتغير بهلاك مال الآخر بعده ورجع
علي شريكه بحصته لانه اشتراه بتوكيله ونقد الثمن
من مال نفسه ثم ان الشركة شركة عقد عند محمد
خلافا للحسن بن زياد حتي اذا باعه ايهما كان ينفذ
بيعه في الكل لان الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض
بهلاك المال بعد تمامها كما لو هلك المالان بعد الشراء
به قبل تسليمه الي البايع **وتفسد ان شرط لاحدهما دراهم**
مسماة من الربح كماية والباقي للآخر او بينهما لانه شرط
يوجب انقطاع الشركة لاحتمال ان لا يخرج الا قدر ما سمي
لاحدهما **فيقسم** الربح **بقدر المال** رجوعا الي الاصل
حيث فسد العقد **ويجوز لكل من شريكي المفاوضة**
والعنان ان يبضع وهو ان يشترط الربح كله لرب المال
لان ذلك من عادة التجار **وان يستاجر** من يتصرف في مال

الشركة او دواب للتحميل فكان من لوازمها **وان يودع** من
مال الشركة لان له ان يستاجر من يحفظه فلان يكون
له ان يودع للحفظ بغير اجر اولي **وان يوكل** استحسانا
وفي القياس ليس له ذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه
وليس للوكيل ان يوكل غيره لان الموكل انما رضي برايه
ولم يرض براي غيره وجه الاستحسان ان التوكيل عادة
التجار ولكل منهما لا يجد بدا منه لان الربح لا يحصل الا
بالتجارة الحاضرة والغايبة وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة
النوعين بنفسه ولم يجد بدا من التوكيل باحدهما لتحصيل
مقصودهما وهو الربح فيصير كل واحد منهما كالآذن لصاحبه
في ذلك دلالة ولان الوكالة لتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة
العامة ولهذا اصحت من غير بيان جنس المشتري وصفته
وفي الوكالة العامة للوكيل ان يوكل **وان يضارب في**
الاصح لان له ان يستاجر من يتصرف في مال الشركة
باجر مضمون في الذمة فلأن يكون له ان يستاجر من يتصرف
ببعض ما يحصل بعمله من غير ان يكون ذلك مضمونا
في الذمة اولي لان هذا انفع لهما وروي الحسن عن
ابي حنيفة انه ليس له ان يدفع المال مضاربة لانه ايجاب
الشركة للمضارب فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس
لاحد الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركة فكذلك
لا يدفعه مضاربة وما ذكرناه رواية الاصل وهو الاصح
ووجه الفرق ان ما يستفاد بعقد فهو من توابعه والشيء

لا يستتبع

لا يستتبع مثله ويستتبع ما هو دونه والمضاربة دون الشركة
الا تري انه ليس علي المضارب شيء من الوضيعة واذا فسدت
ليس له شيء من الربح فجاز ان يستفاد بعقد الشركة واما
الاشتراك فمثل الاول فلا يمكن ان يجعل من توابعه
مستفادا به وهذا في حق الغير لا في حق نفسه فللمكاتب ان يكاتب
وللماذون ان ياذن لانه متصرف بفك الحجر عنه **ويكون**
المال عند كل منهما **امانة** لانه قبضه باذن المالك لا علي وجه
البدل والوثيقة فصار وديعة **وتتبعه** اي المال **الوضيعة**
وان شرط الفضل في الربح لما روينا من قول علي الربح علي
ما شرطا والوضيعة علي قدر المال ولكونه امانة **و**انعقدت
صنايع وشركة ابدان **ان اشترك خياطان او صباغان**
او قصاران **علي ان يتقبلا العمل** من الناس **ويكون**
الكسب بينهما لان كل واحد منهما اذا تقبل عملا كان
اصيلا في النصف وكيلا في النصف والوكالة في التقبل جايزة
فصار العمل عليهما وما حصل منه بينهما فتتحقق الشركة في المستفاد
وما شرطنا اتحاد الصنعة والمكان وشرطهما زفر لان كل
واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه لان ذا ليس
من عمله فلا يحصل المقصود من عقد الشركة ولنا ان جوازها
باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن ذلك
العمل وممن لا يحسنه اذ لا يتعين علي المتقبل اقامة العمل
بنفسه بل له ان يقيمه باعوانه واجرائه وهذا النوع من الشركة
قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرايطهما

لامكان تحقيق مقتضي المفاوضة في الاعمال كلها كما في الاموال
واجزناها مع شرط بقاء التفاضل في الربح والتساوي
في العمل والقياس ان لايجوز وبه قال زفر لان الاستحقاق
باشتراط العمل والتقبل دون نفس العمل وانما يستحق كل
واحد منهما من الاجر بقدر ما يحتمله[٢] من العمل الاتري
انه لو عمل دون الآخر كان الاجر بينهما علي ما شرطا ويصير
العامل معينا للآخر ولنا ان المنافع انما تتقوم بالعقد فمنفعة
كل واحد منهما تتقوم بقدر ما شرط له من الربح ويلزمهما
ما يتقبله احدهما من العمل حتي كان لذي العمل مطالبة
ايهما شآء استحسانا ويكون كسب احدهما بعمله مشتركا
بينهما ولكل منهما ان يطالب باجر العمل والي ايهما
دفعه برئ وهذا ظاهر اذا كانت مفاوضة وفي غيرها
استحسان وفي القياس ان لايكون كذلك لان الشركة
وقعت مطلقة فلا تثبت احكام المفاوضة كما في الشركة
بالمال وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان
فان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون علي الآخر
الاتري انه يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فاجره
مجري المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل لا فيما عدا
ذلك حتي قالوا اذا اقر احدهما بدين ثمن صابون او اشنانٍ
مستهلك لم يصدق علي صاحبه ويلزمه خاصة لان
التنصيص علي المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب
المفاوضة ولو اقر احدهما بقبضهما ثوبا للعمل وانكر

[٢] تحمله

الآخر

الاخر ينفذه اي ابو يوسف الاقرار عليهما لان العين
مضمونة في يد الاجير المشترك وهما سوآء في ضمان الشركة
وقصره محمد عليه اي علي المقر حتي لايتجاوز ضمانه الي شريكه
اعتبارا بما اقر احد شريكي العنان بدين وانعقدت وجوها
ان اشتركا بلا مال علي ان يشتريا بوجوههما[٢] وما
ربحا فهو بينهما وسميت شركة الوجوه لانه انما يشتري
بالنسيئة من له وَجاهة عند الناس وتتضمن الوكالة
لان التصرف علي الغير اما بالوكالة او بالولاية ولا ولاية
فتعينت الوكالة وانما تصح عنانا ومفاوضة لامكان تحقيق
الكفالة والوكالة في الابدال وعند الاطلاق تكون عنانا
لانه المتعارف والمطلق ينصرف الي المتعارف ويقسم
الربح بينهما علي قدر الشركة في المشتري من المناصفة
والمثالثة ويبطل شرط الفضل علي ذلك لان الربح
لا يستحق الا بالمال كرب المال او بالعمل كالمضارب
او بالضمان كالاستاذ الذي يتقبل باجر ويلقيه علي
تلميذه باقل منه فان الفضل يطيب له واستحقاق الربح في شركة
الوجوه بالضمان وهو بقدر الملك في المشتري فكان الربح
الزايد عليه ربح ما لم يضمن وذا انما يصح في المضاربة علي
خلاف القياس وشركة الوجوه ليست في معناها فلا تلتحق
بها ولا تصح الشركة في الاحتطاب والاصطياد والاستقاء
ونحوه كاجتناء الثمار من الاشجار المباحة ونقل تراب
او جصّ او كحل او ملح من ارض مباحة لان الشركة

[٢] ويبيعا

تتضمن الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لانه اثبات ولاية
التصرف فيما هو ثابت للموكل لا للوكيل وهذا المعني لا يمكن
تحقيقه هنا لان الوكيل يملك الاحتطاب ونحوه بلا اذنه
فلا يصلح نايبا عنه واذا بطل التوكيل لا تثبت الشركة
لان شركة ما لا تنعقد بلا وكالة واذا لم تثبت الشركة
يثبت الملك للآخذ فان اخذا معا فهو بينهما لاستوائهما
في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر
شيئا فهو للآخذ وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله
بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او نقله استحق الأجر
فيودي المحرز اجر مثل العين او اجر البغل او الراوية
لانه استوفي منافعه بحكم عقد فاسد فيلزمه اجر مثله
ولا يزيده ابو يوسف علي نصف قيمة الحاصل لرضاه
بنصف المسمي وتقوم المنافع بالعقد والتسمية وفيما
زاد علي المسمي لم يوجد التسمية وحكم محمد به اي باجر
المثل بالغا ما بلغ لان المسمي مجهول اذا لم يدر اي
نوع من الحطب يصيبان واي قدر يجمعان وهل يصيبان
شيئا او لا والرضي بالمجهول لغو ولا يزكي احدهما مال
الآخر بلا اذنه لان كل واحد منهما نايب عن صاحبه
في التجارة واستنماء المال لا في اداء الزكوة اذ ليس هو من جنسها والله اعلم

كتاب المضاربة

ذكر المضاربة بعد الشركة ظاهر المناسبة لاتحادهما
في اشتراط ما تصح به الشركة من النقدين وفي اشتراط

شيوع الربح بين رب المال والمضارب هي شرعا شركة في
الربح بمال من جانب وعمل من جانب آخر وهي مشتقة
من الضرب في الارض وانما سميت بها لان المضارب
يستحق الربح لسعيه وعمله فهو شريك في الربح وراس
ماله الضرب في الارض والتصرف واهل المدينة يسمون
هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض وهو القطع
فصاحب المال قطع قدرا من ماله عن تصرفه وجعل التصرف
فيه الي العامل بهذا العقد فسمي به وانما اخترنا اللفظ
الاول لانه موافق لما في كتاب الله قال تعالى وآخرون
يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني السفر
للتجارة ثم جوازها عرف بالسنة لقول النبي عليه السلام
ثلاث فيهن البركة البيع الي اجل والمقارضة وخلط البر
بالشعير للبيت لا للبيع رواه ابن ماجة وبعمل الصحابة لما
في الموطا والمبسوط ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب
خرجا الي العراق فاعطاهما ابو موسي الاشعري من مال
الله علي ان يبتاعا به ويبيعانه بالمدينة ويؤديا راس
المال لامير المومنين والربح لهما زاد في المبسوط فنزلا
علي ابي موسي فقال لو كان عندي فضل لاكرمتكما ولكن
عندي مال بيت المال فابتاعا به فلما قدما المدينة
ربحا فقال عمر اكل الجيش اسلفه كما اسلفكما قالا
لا فقال ابنا امير المؤمنين اسلفكما اديا المال وربحه
فراجعه عبيد الله وقال ما ينبغي هذا يا امير المؤمنين

لو هلك المال او نقص لضمناه فقال له بعض جلسائه
لو جعلته قراضا فاخذ عشر المال ونصف ربحه واعطاهما
النصف وفي المبسوط والمعرفة للبيهقي ان عمر اعطي مال يتيم
مضاربة وكان يعمل به في العراق وان عثمان اعطي مالا
مقارضة وان ابن مسعود اعطي زيد بن خليدة مالا
مقارضة وان العباس كان اذا دفع مالا مضاربة اشترط
علي صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشتري
ذات كبد رطبة فان فعل فهو ضامن فرفع الشرط الي رسول الله
عليه السلام فاجازه ولكن ضعف البيهقي سنده وفيه
وفي الدارقطني بسند صحيح ان حكيم بن حزام صاحب رسول
الله صلي الله عليه وسلم كان اذا دفع مالا مضاربة شرط
مثل هذا وتنعقد المضاربة بقوله دفعت هذا المال اليك
مضاربة او مقارضة او معاملة لانه صريحها او خذه واعمل
به علي ان لك نصف الربح لانه بمعناه وقوله بع هذا العرض
بدراهم او دنانير واعمل به لانه لم يضف المضاربة الي العرض
وانما اضافها الي ثمنه وهو مما تصح به المضاربة واضافتها الي
الاستقبال يجوز لانها وكالة او وديعة او اجارة وليس شيء
من ذلك يمنع صحة الاضافة الي المستقبل وبقوله اقبض
مالي علي فلان واعمل به مضاربة لانه اضافة الي زمان
القبض وفي تلك الحالة صار الدين عينا وهو يصلح ان يكون
راس مال لا بقوله اعمل بمالي عليك من الدين لان
المضارب امين ابتداء ولا يتصور ان يكون امينا فيما عليه

من الدين لانه مضمون علي المديون ولا تصح الا بما تصح به
الشركة وقد بيناه فيها وبتسليمه الي المضارب لان عقد
المضاربة علي راس المال من جانب وعلي العمل من جانب آخر
فوجب خلوص المال للعامل ليتمكن من العمل ويشترط شيوع
الربح بينهما انصافا او اثلاثا لتتحقق المشاركة بينهما في الربح
يقينا قل او كثر وتفسد بكل شرط يقطع المشاركة في الربح
بان سمي لاحدهما دراهم معينة لان هذا شرط يقطع
الشركة في الربح لاحتمال ان لا يحصل منه الا قدر ما شرط
او دونه او يوجب جهالته اي جهالة الربح نحو ان يجعل له
نصف الربح بشرط ان يسكن رب المال داره سنة لانه
جعل له نصف الربح عوضا عن عمله واجرة فصارت حصة
العمل مجهولة فلا تصح والا اي وان لم يوجب ذلك لا يفسد
ويبطل الشرط وتبقي المضاربة علي صحتها كشرط الوضيعة
علي المضارب لان الوضيعة جزء هالك من المال فلا يجوز
ان يلزم غير رب المال لان هذا شرط زائد لم يوجب قطع
الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا تفسد المضاربة لانها
لا تفسد بالشرط الفاسد كالوكالة ويكون الربح في الفاسدة
لرب المال لانه نماء ملكه وقيل يشترط ابو يوسف وجود
الربح لاستحقاق المضارب اجر المثل لان الفاسدة لا تكون
اقوي من الصحيحة فاذا لم يستحق شيئا في المضاربة الصحيحة
عند عدم الربح ففي الفاسدة اولي وخالفه محمد وهو رواية
الاصل لان الواجب اجرة وهي تجب بتسليم المنفعة او العمل

وقد وجد فتجب ولا يزيده ابو يوسف علي القدر المسمي في المضاربة
وخالفه محمد فيهما اي في المسئلتين وقد ذكرنا وجه هذه من
الطرفين في الشركة الفاسدة ولا يضمن المضارب المال فيهما
اي في الفاسدة اذا تلف لانه استوجر ليعمل به فلا يكون
مضمونا عليه كاجير الوحد الا اذا خالف وتلف لوجود التعدي
منه علي مال غيره واذا اطلقت ولم تقيد بقيد ما يبيع
المضارب ويشتري بالنقد والنسيئة المعروفة عند التجار
ويوكل ويسافر لان هذه الافعال من صنيعهم وعن ابي يوسف
انه ليس له ان يسافر لان فيه تعريض المال علي التوي
بلا ضرورة وعنه وعن ابي حنيفة ان دفع المال اليه في
غير مصره فله ان يسافر به لان الظاهر والغالب ان الانسان
يرجع الي وطنه ولا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما
اعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه دليل
الرضي بالمسافرة به عند رجوعه الي وطنه وجه الظاهر ان
المضاربة من الضرب في الارض وذا يكون بالمسافرة ولان
المقصود تحصيل الربح وذا انما يحصل بالسفر عادة فيملكه (ع٢ مقصوده)
بمطلق عقد المضاربة ويبضع ويوجر ويودع ويستاجر
ويرهن ويرتهن لاطلاق العقد فينتظم صنوف التجارة
وما هو من صنيع التجار ولا يضارب ولا يشارك به لانه
يجعل ربح بعض ماله لغيره وهو لم يرض به ولان الشيء
لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة كالوكيل لا يملك ان
يوكل غيره وهذا بخلاف المستعير والمكاتب لانهما يملكان

الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان
بحكم المالكية لا بحكم النيابة والمضارب يعمل بطريق
النيابة فلا بد من التنصيص عليه ولا يخلطه اي مال
المضاربة بماله لان الخلط استهلاك عنده واشتراك
عندهما وكل منهما لا يجوز الا باذن صريح له فيه او باعمل
برايك فحينئذ يجوز له ان يضارب ويشارك ويخلطه
بماله لان هذه الاشياء من صنيع التجار فتدخل تحت
هذا القول ولا يقرض وان قيل له اعمل برايك لانه
تبرع وليس من ضرورات التجارة ولا يهب ولا يتصدق
لما قلنا ولا يستدين لان ليس له ولاية الالزام علي رب
المال الا اذا صرح له بذلك ولا يتعدي ما عين له من
وقت وبلد ومعامل وسلعة كما في الشركة لانه ملك
التصرف بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه وهذا التقييد
مفيد لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة
والمعاملين الا اذا عين له الشراء والبيع من الصيارفة
او الشراء من اهل الكوفة او من سوقها اما في الاول
فلان مقصوده تقييد المضاربة في الصرف لا بالصيارفة
واما في الثاني فلان مقصوده تقييد العمل بالكوفة لا
باهلها وسوقها بناء علي العرف فيهما الا اذا صرح
له بالنهي اذ لا عبرة للعرف مع وجود النهي الصريح وعلماؤنا
والشافعي الغوا امضاء ما اشتراه بعد النهي عنه واعتبره
مالك وجعل المال وربحه علي المضاربة لان الاجازة في الانتهاء

كالاذن له فيه من الابتداء ولنا انه لما اشتري بعد النهي
وقع لنفسه لاموقوفا فلم تلاق الاجازة محلا موقوفا فلم
تفسد لفوات شرطها ولا يزوج عبدا ولا امة من مال
المضاربة ويجيز ابو يوسف تزويجها نظرا الي انه من
باب الاكتساب باعتبار استفادة المهر وسقوط النفقة
ووجه الظاهر ان ذلك ليس من التجارة وعقد المضاربة
انما تضمن التوكيل فيما هو من التجارة وصار كالكتابة والاعتاق
علي مال فانه لا يجوز له وان كان مشتملا علي الكسب ولا
يشتري من يعتق علي المالك بقرابةٍ او يمين لان المضاربة
في التصرف الذي يحصل به الربح وهذا انما يكون بشراء
ما يمكنه بيعه فاما ما لا يمكن فلا يحصل به الغرض فلا
يتناوله الاذن او من يعتق عليه ان ظهر في المال ربح
لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال عنده
ويعتق عندهما فيمتنع التصرف فيه فلا يحصل المقصود وهو
البيع للاسترباح وضمن الثمن ان فعل ذلك لوقوع الشراء
لنفسه دون المضاربة لان الشراء متي وجد نفاذا علي المشتري
ينفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وصح شراؤه ان لم
يظهر فيه ربحٌ اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه ولا يضمن
ما دفع من مال المضاربة في ثمنه بظهوره اي الربح بعده
اي بعد الشراء وعتق حصته عليه لانه لا صنع من جهته
في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء ثبت
من طريق الحكم كما اذا ورثه مع غيره وسعي المعتق ويسعي

في قيمة

في قيمة نصيب رب المال منه لانحباس ماليته عنده
ولو كان معه الف مضاربة بالنصف فاشتري بها امة
تعدلها في القيمة فولدت ولدا يساويها اي الالف
فادعاه موسرا قيد باليسار لنفي شبهةٍ هي ان الضمان
انما هو لسبب دعوته وهو ضمان اعتاق في حق الولد وهو
يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب ان يضمن اذا كان
موسرا ومع ذلك لا يضمن لما نذكر فزادت قيمته خمسماية
استسعاه رب المال في الف هي راس ماله وربعها
هي حصته من الربح الحاصل منه او اعتقه ان شاء
ولا يضمن المضارب شيئا فان قبض الالف من الغلام
اولا ضمن المضارب نصف قيمتها اي الام وهذا لان
دعوة المضاربِ انعقدت صحيحة ظاهراً احملاً لامره
علي وجه الصحة وهو فراش النكاح بان زوجها منه بايعها
وعلقت منه ثم باعها منه لكن لم ينفذ لعدم شرطه وهو
الملك لان كلا من الام والولد مشغول براس المال فلا يظهر
الربح كمال المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة كل منها يساوي
راس المال لا يظهر الربحُ عندنا خلافا لزفر لعدم اولوية
احدهما علي الآخر في كونه راس المال فحينئذ لم يكن
للمضارب نصيب في الام ولا في ولدها وانما الثابت له حق
التصرف فلا تنفذ دعوته فان زادت قيمة الغلام ظهر الربح
الآن فنفذت دعوته السابقة واذا نفذت صار ابناً له و
عتق عليه بقدر ملكه وفسدت الملك في الباقي عنده

وعتق عندهما ولم يضمن حصة رب المال منه لان عتقه ثبت
هنا بالنسب والملك والملك آخرهما وجوداً فيضاف اليه لان
الحكم يضاف الي الاخير اذا كانت العلة ذات وصفين اصله
مسئلة السفينة والقدح الاخير دليله ما روي عن الصديق
ان رجلا اقر بين يديه بالزنا ثلاث مرات فقال اياك
الرابعة فانها الموجبة وقد ثبت الملك للمضارب من غير صنع
منه لحصوله بتغير السعر وهذا ضمان عتق فلابد فيه من
التعدي ولم يوجد واذا لم يوجد لم يجب الضمان وقد
احتبست ماليته عنده له ان يستسعيه وله ان يعتقه
لان المستسعي كالمكاتب عند ابي حنيفة ثم اذا قبض منه
راس المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام
لان الماخوذ لما استحق راس المال لتقدمه في الاستيفاء
وظهر ان كل الجارية ربح فيكون بينهما وقد تقدمت منه
دعوة صحيحة لما قدمناه وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر
الملك نفذت الدعوة وصارت ام ولد له وضمن نصيب
رب المال لان هذا ضمان تملك وهو لا يستدعي صنعاً كما
اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وآخر وارثه فانه
يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد علي
ما مرّ ولو اذن رب المال له اي للمضارب بالمضاربة
فيه وقال ما رزق الله من الربح بيننا نصفان او قال
فلي نصفه فضارب بالثلث اي ثلث الربح اخذ المالك
نصف الربح الحاصل من تصرف الثاني والاول سدسه

والثاني

والثاني ثلثه لان رب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله
فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الي نصيبه وقد
جعل ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق له سوي السدس
ويطيب لهما ذلك لان عمل الثاني وقع للاول كمن استوجر
لخياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره بنصف او ضارب بالنصف
فلا شئ له لانه جعل ما كان له للثاني او ضارب بالثلثين
ضمن للثاني سدسه اي سدس الربح من ماله لانه شرط
للثاني ما هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه
من الابطال وقد وجب عليه الضمان بالتسمية لالتزامه
السلامة له فاذا لم يحصل رجع عليه ولانه غرّه بالتسمية
والغرور في العقد يوجب الضمان وان قال له ما رزقك
الله او ما ربحت بيننا نصفان اخذ الثاني ما شرط له
كالثلث مثلا وقسم الباقي بين الاول ورب المال نصفين
لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الله
الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما ويجيز ابو يوسف
لرب المال ان يزيد المضارب في الربح بعد القسمة
واخذ راس ماله وحصته من الربح كالمضارب يعني بجواز
زيادة المضارب رب المال علي قدر نصيبه في الربح فالزيادة
من كل منهما لازمة عنده حتي يرجع كل منهما علي صاحبه
بتلك الزيادة فاذا قال المضارب انك قد غبنتني فزاده
سدس الربح يسترد منه هذا السدس كعكسه
وخالفه محمد وهو الاستحسان لان العمل كالمبيع والربح

كالثمن ولما انتهي عقد المضاربة بالقسمة فات المعقود
عليه لانه عرض يتلاشي وانما كان موجودا حكما
لبقاء العقد فاذا انقضي لم يبق العمل حقيقة وحكما فصار
كالزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع بخلاف العكس لانه
بمنزلة الحط والحط يجوز بعد هلاك المعقود عليه كحط
بعض الثمن بعد هلاك المبيع **ولا تنفسخ المضاربة**
بمضاربة اجيره يعني بدفعه الغالي اجيره مضاربة
فيعطيه ابو يوسف **الاجر ويجعل الربح** كله **لرب المال**
لانه دفع المال مضاربة الي من منافعه مملوكة له بعقد
الاجارة فلا يصح كما لو دفعه الي مملوكه الخالي عن دين
مستغرق ولا تنفسخ الاجارة في ضمن المضاربة لان
الاجارة اقوي حيث لا تنفسخ الا بعذر والمضاربة تنفسخ
بدونه **واعطاه** محمد **ما شرط له** من الربح **واسقط**
من الاجرة المسمي في عقد الاجارة **بقدر عمله في**
مدة **المضاربة** لانهما تراضيا علي جعل اجر ايام المضاربة
نصف الربح فيصح ويسقط من الاجر بمقدار العمل **و**
لو قال رب المال **جعلت ثلثي الربح لك ولعبدي صح**
ان شرط عمله معه لان اشتراط العمل على العبد
لا يمنع التخلية والتسليم لان للعبد يدا معتبرة وهو منفرد
بيده خصوصا اذا كان ماذونا واشتراط العمل عليه
اذن له ولهذا يجوز بيع المولي من عبده الماذون واذا
لم يمنع التخلية لا يمنع الصحة واذا صحت المضاربة يكون

الثلث

الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولي لان كسب
العبد لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين
فهو للغرماء وان لم يشترط عليه العمل معه كان الثلث
المشروط للعبد لمولاه اما اذا لم يكن مديونا فلانه لما
تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لما ان الربح انما
يستحق براس مال او عمل ولم يوجد واحد منهما جعلناه
شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه
واما اذا كان مديونا فلما قلنا من تعذر الشرط
في حق العبد فيكون الثلث المشروط له لمولاه دون غرمائه والله اعلم

فصل

لما فرغ من بيان المضاربة شرع فيما يطرأ عليها من البطلان
والفسخ والخسران فقال **تبطل** المضاربة **بموت احدهما**
اما بموت رب المال فلان المضارب انما يتصرف باذن
رب المال فاذا مات يبطل الاذن فلم يجز التصرف في مال
الغير بغير اذنه واما بموت المضارب فلانه بمنزلة
الوكيل وبموته يبطل وكالته **وبلحاق رب المال**
بدار الحرب **مرتدا** لانه موت حكما **لا بردة المضارب**
حتي لو تصرف او ربح ثم قتل كان ربحه [٢] بينهما علي ما شرطا لان
له عبارة صحيحة اذ صحتها بالتميز ولا خلل فيه وتوقف
تصرفه فيه لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال
لعدم تعلق حقهم به فبقيت المضاربة **وتوقف عزله**
اي عزل رب المال اياه **علي علمه** به لان انعزال الوكيل

بالعزل القصدي يتوقف علي علمه لانه نهيٌ والاحكام
المتعلقة بالامر والنهي لايوثر فيها النهي الابعد العلم
دليله اوامر الشرع ونواهيه **وبعده** اي بعد العلم به **لايتصرف**
فيما في يده ان جانس راس المال لانه قد تبين له حقه
في الربح فيعمل العزل عمله **والا** اي وان لم يجانسه
جعله من جنسه ولايمنعه العزل من ذلك لان حقه
يثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني علي
راس المال وانما ينض بالبيع ولوكان المال دراهم
وراس المال دنانيرا وبالعكس له ان يبيعها بجنس راس المال
استحسانا والقياس ان لايجوز تصرفه لثبوت المجانسة
بينهما من حيث الثمنية فصار كان راس المال قد تعين
وجه الاستحسان ان الواجب علي المضارب ان يرد
راس المال وذا لايمكن الا ان يبيع ما في يده بجنس
راس المال فصار كالعروض وعلي هذا اموت رب المال
في بيع العروض ونحوها **ويجبر** المضارب **علي اقتضاء**
اي طلب **الديون** واستخلاصها **لو كان في المال ربح**
لانه استحق الربح بازاء عمله فصار كالاجير وقد سلم له
بدل عمله وهو الربح فيجبر علي اتمام العمل ومن اتمامه
استيفاء ما علي الناس من الديون **والا** اي وان لم يكن
فيه ربح **لايجبر عليه** لانه حينئذ وكيل محضٌ والوكيل
متبرعٌ والمتبرع لايجبرُ علي ايفاء ما تبرعَ به **ويوكل رب**
المال به اي باقتضائه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد

مز مال المضاربة

وحينئذ

وحينئذ للمديون ان يمتنع من الدفع اليه فيوكله المضارب
لتصح مطالبته به كيلا يضيع حقه فان قيل يجب عليه
رد راس المال علي الوجه الذي قبضه فيجب عليه ان
يقتضيه حتي يكون ما رده مثل ما اخذه قلنا يجب عليه
رفع يده لا التسليم كالمودع فاذا وكل به فقد ازال يده
عنه وعلي هذا كل وكيل بالبيع اذا امتنع من التقاضي
لايجبر عليه ولكن يجبر علي توكل رب المال به علي المشتري
ويجعل الهالك من الربح دون راس المال لان الربح
تابع وراس المال اصل والهالك يصرف الي التبع اولا
كما في مال الزكوة **فان زاد** الهالك **عليه** اي علي الربح
لم يضمن لانه امين فلا يكون ضمينا لما بينهما من
المنافاة **ولو اقتسما الربح والعقد باق** بحاله **ثم هلك**
المال كله **او بعضه ترادّا الربح** من الجانبين **لياخذ**
المالك راس ماله لان الاصل ان لا تصح قسمة الربح
حتي يستوفي رب المال راس ماله لان الربح زيادة وهي
لاتكون الابعد سلامة المزيد عليه فاذا هلك في
يد المضارب امانة ظهر ان ما اخذاه من راس المال فيضمن
المضارب ما اخذ لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال
محسوب من راس المال واذا استوفي راس ماله فان
فضل شئ كان بينهما لانه ربح وان نقص شئ لم يضمنه
المضارب لانه امين **ولو هلك بعد فسخه** اي فسخ العقد
وبعد **تجديده لا يترادّان** الربح الاول لان المضاربة الاولي

قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في العقد الثاني
لا يوجب انتقاض الاول كما لو دفع اليه مالا آخر ولا ينفق
المضارب ولا الشريك من المال علي نفسه ما دام في مصره
لان الاصل في وجوب النفقة الاحتباس كالمراة تستوجبها
لاحتباسها في منزل الزوج والقاضي يستوجب الكفاية في بيت
المال لانحباسه لمصالح العامة والمضارب في مصره والشريك
ساكن في مصره بالسكني الاصلي لا للمضاربة فلم تكن النفقة
في المال ولا ينفق منه في المضاربة الفاسدة مطلقا يعني
لا في السفر ولا الحضر لانه اجير والاجير يستحق البدل لا محالة
فلا يتضرر علي احتمال عدمه فان سافر للعمل فيه ولو يوما
يكون طعامه وشرابه وكسوته وركوبه كراء او شراء
منه اي من المال لانه صار محبوسا بالعمل للمضاربة
فتجب النفقة في مالها لاجل الاحتباس ومن ذلك غسل
ثيابه واجرة اجير يخدمه وحمام وحلاق وثمن دهن في
موضع يحتاج اليه كالحجاز لا الدواء في ظاهر الرواية وروي
الحسن عن ابي حنيفة ان ثمن الدواء في مالها لانه لاصلاح
بدنه وتمكنه من العمل فصار كالنفقة وجه الظاهر ان
الحاجة الي النفقة معلوم وقوعها بخلاف الدواء لانه يعارض
المرض وقد يمرض وقد لا يمرض فلا يكون من جملة النفقة
ولهذا كانت نفقة المراة علي الزوج ودواؤها في مالها
فان زاد فيها علي العادة الشايعة فيما بين التجار ضمن الزيادة
اعتبارا للعرف وان سافر بماله ومالها اي مال المضاربة

او بمال

او بمال رجلين مضاربة انفق منهما بالحصة لحبس نفسه
للعمل في المالين ويأخذ المالك من الربح بدله او لا ثم
يقسم باقيه لان قسمته انما شرعت بعد تسليم راس المال
وان قصره اي ما اشتراه لها او حمله بماله كان متبرعا
وان قيل له اعمل برايك لانه استدانه علي رب المال
بعد استغراق راس المال فلم ينفذ عليه اذا لم يصرح
له بها فصار متبرعا ولو صبغه لونا تزيد قيمته به صار
شريكا له بما زاد الصبغ فيه اي في قيمته ولا يضمن المتاع
لانه خلط ماله بمال المضاربة اذ الصبغ عين مال
قايم فاذا بيع كان ما يخص قيمة الصبغ للمضارب وما يخص
الثوب الابيض علي المضاربة بخلاف القصارة والحمل
لانه ليس للمضارب عين مال قايم في المتاع حتي يكون
بعض الثمن بازائه فكان جميع الثمن للمضاربة ولهذا اذا
فعله الغاصب ضاع عليه فاذا صبغه لا يضيع عليه الصبغ
واذا صار شريكا لم يضمن المتاع لان قوله اعمل برايك
افاد له ولاية الخلط والشركة حتي لو لم يقل له ذلك كان
لرب المال ان يضمنه قيمة ما صبغ ولو اقترض ماية
وحمل بها ما اشتراه بالف من مال المضاربة له
المرابحة علي الكل عند ابي حنيفة لانها قامت عليه
بذلك القدر وحصة الماية له عنده لانه استقرضها
لنفسه لان المامور بالاستقراض يصير مستقرضا
لنفسه وقالا يرابح علي الالف لا غير والثمن كله علي

صبغه

المضاربة لانه متطوع بالكراء لانه فعل ذلك بغير اذن
فصار كاستكراء الاجنبي وذا لا يضم اجماعا لكونه متطوعا
ولو دفع اليه الفا بالنصف فاشتري بها برًّا وباعه بالفين
ثم اشتري بهما عبدا افضاعا من غير تقصير منه غرما
الفا لانها حصة الربح وهو كان بينهما فيكون غرمه عليهما
وغرم المالك وحده الفا ويكون ربع العبد للمضارب
وباقيه علي المضاربة لان المضارب لما باع البرّ بالفين
ظهر الربح بقدر الالف فملك نصفها وهو خمسماية
فاذا اشتري بالالفين عبدا صار ربع العبد له وثلاثة
ارباعه لرب المال فاذا اهلك الثمن كان ما يخص الربع عليه
وما يخص ثلاثة الارباع علي رب المال والربع الذي
صار للمضارب يخرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه
ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة وتبقي ثلاثة ارباع
العبد علي المضاربة لان ضمان رب المال لا ينافي المضاربة
وصار راس المال الفين وخمسماية لانه دفع الفا اولا
ثم الفا وخمسماية ثانيا ولا يبيع العبد مرابحة الا علي الفين
لانه اشتري بهما فان باعه باربعة آلاف صار ربع الثمن
وهو الف للمضارب لانه بدل ملكه وباقيه علي المضاربة
يرفع راس المال وهو الف وخمسماية وتبقي خمسماية ربح بين
المضارب ورب المال وان جني العبد خطأ وفدياه
خرج منها اي من المضاربة كما لو دفعاه بالجناية اما حصة
المضارب فلانه تقرر ملكه فيه بالفداء فصار كالقسمة

واماحصة

واما حصة رب المال فلانها انما سلمت له بالفداء وانه ليس
حكم المضاربة ولان القضاء بانقسام الفداء عليهما تتضمن
قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفداء يوجب سلامة
ما فدي للفادي ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما تقدم
لان جميع الثمن علي المضارب وان كان له حق الرجوع فلا
حاجة الي القسمة ولانه كالزايل عن ملكهما بالجناية
ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون بينهما ارباعا لا علي
المضاربة[٢] يوما ورب المال ثلاثة ايام ولو اشتري بها
اي بالف المضاربة شيئا فهلكت قبل النقد اي قبل
دفعها الي البايع دفع المالك الفا اخري ثمنا ثم وثم
الي ان يصل الثمن الي البايع ويصير الكل اي كل ما دفعه
رب المال راس المال لان المال امانة في يده والاستيفاء
انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع
مرة بعد اخري ولو قال المضارب لرب المال دفعت
اليّ الفا وربحت انا الفا فهي بيننا وقال المالك بل
دفعت اليك الفين ولم تربح شيئا اعتبرنا قول المضارب
ورجحناه علي قول رب المال آخرا اي في قول ابي حنيفة
الاخر وهو قولهما واعتبر زفر قول رب المال وهو قوله
الاول لان المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال
ينكر والقول للمنكر وجه قوله الاخر ان الاختلاف
في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض
ولو ضمنيا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولانه لو انكر القبض

[٢] يخدم المضار

اصلا كان القول قوله فكن اني مقداره بخلاف مالو قال دفعت
الي مضاربة او قال قرضا وقال المالك بل بضاعة فالقول
لرب المال اما في الاولي فلان ذا اليد يدعي تقوم العمل
والشركة في ماله فكان القول لرب المال لانكاره واما
في الثانية فلانه يدعي علي رب المال التملك من جهته
وهو ينكر فكان القول للمنكر وجعلنا القول له اي للمضارب
في دعوي الاطلاق بعد وجود التصرف منه في المال علي
وجه الاطلاق لان الاصل فيها العموم اذ الغرض حصول
الربح وهو يحصل بالعموم اكثر مما يحصل بالخصوص لا لرب
المال في التقييد كما قال زفر واحتج بالاذن يستفاد من جهته
فصارت كالوكالة قلنا الاصل في الوكالة الخصوص الا اذا ادعي
نوعا من التجارة فحينيذ يكون القول لرب المال لاتفاقهما
علي التخصيص والاذن يستفاد من جهته فكان القول له
والبينة للمضارب لاحتياجه الي نفي الضمان عن نفسه واجزنا
بيع سلعتها اي المضاربة من رب المال ونفاه زفر لان
ما اشتراه المضارب مال رب المال والانسان لا يشتري مال
نفسه ولنا ان هذا المال في حق التصرفات كالمملوك للمضارب
وكغير المملوك لرب المال في هذا الحكم ولا يملك رب المال
ابطال حق المضارب في هذا المال الا بالشرآء فوجب ان لا يصح
كالمولي ليشتري من مكاتبه شيئا من اكسابه وما فسخناها
اي المضاربة بدفع المال اليه اي الي رب المال بضاعة وباع
واشتري فيه فهو علي المضاربة وفسخها زفر لان رب المال

متصرف في مال نفسه ولا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل
في ملكه لا يصلح وكيلا فصار مستردًا ولهذا لا يصح شرط العمل
ابتدآء ولنا ان الشرط هو التخلية وقد تحققت والابضاع
توكيل بالتصرف وهو حق المضارب فيصح التوكيل به كما لو
وكل اجنبيا ولما صح وكيلا لم يكن اخذه استردادا بل اشتغل
عمل رب المال اليه وصار كانه عمل هو بنفسه فلم تنتقض
المضاربة بخلاف ما لو شرط علي رب المال ابتدآء لان ذا يمنع
التخلية التي هي شرط صحة المضاربة او مبدفعه اليه مضاربة
ولا المضاربة الثانية لان المضاربة تنعقد شركة علي مال رب
المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناها يودي الي
قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب
ولا تبطل به المضاربة الاولي ويضمنه ابو يوسف آخرا اي
قوله الآخر بتسليم المال مضاربة بغير اذن من رب المال
ونفياه اي الضمان وضمنه زفر كابي يوسف لان ما يملكه المضارب
هو الدفع علي سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب
مضاربة ليس علي وجه الايداع فلا يملكه فيضمن اي يصير
مضمونا عليه بالعمل اي بعمل المضارب الثاني ربح او لم يربح
في ظاهر الرواية لان دفعه ايداعٌ حقيقة وانما يتقرر كونه
مضاربة بالعمل فكان الحال قبله موقوفا ان عمل ضمن اقامة
بسبب حصول الربح مقام حقيقته في صيرورة المال مضمونا
به والا فلا لان مجرد الدفع ليس بسبب لحصول الربح ليقام مقام
حصوله وقيل يصير مضمونا بالربح اي بحصوله وهو رواية

الحسن عن ابي حنيفة لان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع
والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح
فقد ثبتت له الشركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره واذا
هلك المال عند الثاني يضمن رب المال ايهما شاء في الاصح
اما الاول فلانه صار غاصبا بدفعه اياه للغير بغير اذنه واما
الثاني فلانه قبض مال غيره بغير اذنه وهذا علي اصلهما
ظاهر لانهما يضمنان مودع المودع واما عند ابي حنيفة
فقد اشار الي ما يقابل الاصح بقوله وقيل يضمن الاول
دون الثاني كمودع المودع والفرق علي المشهور ان مودع
المودع يقبضه لمنفعة الاول لا لنفسه فلا يضمن والمضارب
الثاني يعمل فيه لنفسه فيضمن فان ضمن الاول صحت
المضاربة بين الاول والثاني والربح بينهما علي ما شرطا لانه
باداء الضمان ملكه من حين صار مخالفا فصار كما لو دفع مال
نفسه مضاربة وان ضمن الثاني يرجع علي الاول بالضمان لانه
التزم له سلامة المقبوض عن الضمان فاذا لم يسلم يرجع عليه
بما لحقه من الضمان كمودع الغاصب ولانه مغرور من جهته
في ضمن العقد فيرجع عليه بما لحقه من العقد وتصح المضاربة
والربح بين المضارب علي ما شرطا لان الضمان استقر
علي الاول فيثبت الملك له ويطيب الربح للثاني لانه
يستحقه بالعمل ولا خبث في عمله ولا يطيب للاول
لانه يستحقه براس الملك في راس المال حصل
باداء الضمان مستندا فلا يخلو عن نوع خبث لانه

ثابت من وجه دون وجه والله سبحانه تعالى اعلم

كتاب القسمة

ذكر القسمة عقب المضاربة لظاهر المناسبة لاقتضائها
قسمة الربح المشترك كاقتضاء الشركة اياها الا ان ما تقدم
من المناسبة بينهما اقتضي تقديم المضاربة علي القسمة
هي تعيين الحق الشايع وجوازها بالكتاب قال الله تعالي
ونبئهم ان الماء قسمة بينهم وقوله تعالى لها شرب
ولكم شرب يوم معلوم والسنة فقد باشرها النبي عليه
السلام في الغنائم والمواريث واجماع الامة وسببها طلب
احد الشركاء الانتفاع بنصيبه علي الخلوص وركنها الفعل
الذي يقع به الافراز كالكيل والوزن والذرع والعد
في الكيلي والوزني والذرعي والعددي وشرطها ان لا تفوت
منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم حايط وحمام ونحوهما
بطلب احدهما وتشتمل علي الافراز والمبادلة في
المثليات والقيميات لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان
له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من
حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا ويغلب
الافراز علي المبادلة في المثلي وهو المكيل والموزون
لعدم التفاوت ويغلب المبادلة في القيمي فياخذ
كل منهما حظه بعد القسمة حال غيبة صاحبه
في الاول وهو المثلي ويبيع نصيبه مما اشتراه بعد
القسمة مرابحة بنصف الثمن لعدم التفاوت دون النوع

الثاني وهو القيمي كالحيوانات والعروض لوجود التفاوت
بين ابعاضه فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ حقه ولهذا
لا يقدر واحد منهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولا
ان يبيع نصيبه مرابحة مما كانا اشترياه واقتسماه وندب
نصب قاسم يرزق من بيت المال ليقسم بين الناس
بلا اجر وهو الافضل لانها تفصل الخصومة اذ تمام
انقطاع المنازعة تحصل بها فاشبهت القضاء من هذا
الوجه ولان منفعتها تعود الي العامة فتكون كفايته
في مالهم اذ الغرم بالغنم والا اي وان لم يرزق منه
فباجر اي ينصب من يقسم بينهم باجر مثله وهو
اي الاجر علي الروس اي علي عدد روس المتقاسمين
عند ابي حنيفة وقالا هو علي قدر السهام وهو رواية
عنه لانه مونة الملك فيه فيقدر بقدره كاجرة الكيال
والوزان وحفر البير المشتركة ونفقة المملوك المشترك
ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت
وربما يصعب الحساب بالنظر الي القليل وقد ينعكس
الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف
الحفر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت
بقلة النصيب وكثرته واما النفقة فانها لابقاء الملك
وحاجة صاحب الكثير الي ذلك اكثر من حاجة صاحب
القليل واما اجر الكيال والوزان فقد قال بعض
مشايخنا هو علي الخلاف ان كان للقسمة وان لم يكن لها

بان اشتريا

بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا انسانا بكيله ليصير
الكل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصباء ولو اطلق
الجواب وقال اجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل
للقسمة او لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت اذ عمله
في الكيل لصاحب الكثير اكثر فكان اصعب بقدر العمل
بخلاف القسام وروي الحسن عن ابي حنيفة انها تجب
علي طالب القسمة دون الممتنع لنفعه ومضرة غيره وتجب
ان يكون القاسم عدلا ليعتمد علي قوله عالما بالقسمة
ليقدر علي التميز ولا يتعين قاسم واحد لها اذ لو تعين
لتحكم بالزيادة علي اجر مثله فيتضرر به الناس ولو تراضوا
ان يقسم بينهم رجل او اصطلحوا واقتسموا جاز لولايتهم
علي انفسهم الا اذا كان فيهم صغير فحينئذ يحتاج الي
امر القاضي لقصور ولايتهم عنه ولا تشترك القسام
فيما بينهم لاحتمال ان يتواضعوا علي مغالاة الاجرة فيؤدي
بالقسمة الاضرار بالناس ويقسم منقول في ايدي الناس
يدعون ارثه لان في قسمته نظر للاحتياج الي حفظه
ولانه مضمون علي من يقع في يده ويقسم عقار في ايديهم
يدعون شراءه في ظاهر الرواية لان القضاء[٢] في المشتري
لا يتضمن قطع حق البايع لانه بعد البيع والتسليم لا يبقي
المبيع علي حكم ملك البايع وعن ابي حنيفة في غير الاصول
ان القاضي لا يقسمه بينهم وسوي بين شرائه ودعوي ارثه
او يدعون ملكه من غير ذكر سببه في رواية يعني رواية كتاب

[٢] بالقسمة

القسمة لان القضاء بالقسمة قضاء يقتصر عليهم ولا يتعدي
الي غيرهم لعدم اقرارهم باصل الملك لغيرهم وفي الجامع الصغير
ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا
القسمة لم تقسم حتي يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان
تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل
هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة ضربان لحق الملك
تكميلا للمنفعة ولحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول
هنا لعدم الملك وكذا الثاني للاستغناء عنه لانه محفوظ بنفسه
وان ادعوا فيه اي في العقار الذي في ايديهم الارث فالقسمة
اي فقسمته بينهم موقوفة عند ابي حنيفة حتي يقيموا البينة
علي الموت وعدد الورثة وقالا يقسم القاضي العقار بينهم
لانه في ايديهم واليد دليل الملك وقد اخبروا بالارث
عن ابيهم والاصل في اخبار المسلم الصدق ولا منازع لهم فيما
اخبروا فيثبت المخبر به فاذا سالوا القاضي ان يقسم بينهم ملكهم
فعليه ان يجيبهم الي ذلك تمكينا لكل واحد منهم من الانتفاع
نصيبه كما في المنقول الموروث والعقار المشتري والبينة انما
تكون علي المنكر ولا منكر هنا ولا منازع لهم فلا تفيد البينة
ولكن يذكر القاضي في كتاب القسمة انها وقعت منه باعترافهم
ليتذكر بالنظر فيه ان حكم القسمة مقتصر عليهم غير متعدٍ
الي غيرهم حتي لا يكون ذلك قضاء علي شريك آخر لهم
ولا علي مالك لها ولابي حنيفة ان الميت يصير مقضيا عليه
بقسمة القاضي وقولهم ليس بحجة عليه فلا بدّ لهم من اقامة

البينة

البينة ليثبت بها القضاء علي الميت وهذا لان التركة قبل
القسمة مبقاة علي حكم ملك الميت بدليل ان حقه يثبت
في الزوايد التي تحدث حتي يقضي منها دينه وتنفذ وصاياه
وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتي لا يثبت حقه
فيما يحدث بعد ذلك من الزوايد فكان هذا قضاء علي
الميت بقطع حقه فلا بدّ من البينة ويصير بعضهم حينئذ
مدعيًا وبعضهم خصما عنه وان كان مقرا فان قيل كيف يجعل
خصما عنه والمقر لا يصلح خصما قلنا لما لم يعتبر اقراره عليه
يجعل كالعدم كما لو ادعي رجل دينا علي الميت وقدم وارثا
من الورثة الي القاضي فاقر له الوارث بحقه فاراد الطالب
ان يقيم البينة علي حقه عند القاضي ليكون حقه في جميع
مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة فان القاضي يقبل
بينته ويحكم له بدينه في جميع التركة لاحتياج المدعي الي
اثبات دينه في حقه وحق غيره ولو برهنا علي الموت وعدد
الورثة والعقار في يدهما وبعضهم غايب او طفل قسم
بطلبهما ونصب القاضي عن الغايب او الطفل من يقبض
حظه لان فيه نظرا للصبي والغايب بظهور نصيبهما مما في
يد الغير ولو كانوا مشترين وغايب احدهم او كان
العقار كله او بعضه في يد الوارث الغايب او يد الصبي
او حضر وارث واحد لم يقسم باقرار الحضور لان في
هذه القسمة قضاء علي الغايب والصغير باخراج شيء من
ما في يده من غير خصم حاضر ولا يقسم بحضور وارث واحد

ديونه

ورثته

لانه لابدّ من حضور خصمين لعدم صلوح الواحد مخاصما
ومخاصما فالحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس احد خصما
عن الميت وعن الغايب وان كان خصما عنهما فليس احد
يخاصمه عنه ليقيم البينة عليه بذلك **ويلحق** ابو يوسف
العقار **المشتري بالموروث** في الحكم فاذا غاب احدهم
وطلب الحاضرون القسمة وبرهنوا علي الشرآء وعدد المشترين
يقسمه القاضي بينهم عنده كالموروث ومنعه ابو حنيفة
ومحمد لان احد الشركاء لا ينتصب خصمًا عن الباقين
اذ لكل واحد منهم ملك قصدي فلا ينوب احدهم مناب
الباقين بخلاف الموروث فان الملك فيه خلافة واحد
الورثة ينتصب خصما عن الميت **وقسم بطلب احدهم**
جبرا علي الآبي **ان انتفع كل** منهم **بحظه** لان في القسمة
تكميل المنفعة فكانت حقا لازما فيما يحتملها اذا طلب
احدهم لان الجبر عليها لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها
فتعود علي موضوعه بالنقص اللهم **الا برضاهم** لان الحق لهم
وهم اعرف بشانهم اما القاضي فيعتمد الظاهر **وان انتفع
البعض** بنصيبه لكثرته **وتضرر البعض** منهم **لقلة حظه
قسم** القاضي **بطلب ذي** الحظ **الكثير** دون القليل كذا ذكر
الخصاف لان الاول يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع
بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا طلب للانصاف
لا التعنت فعلي القاضي ان يجيبه الي ذلك ولا يعتبر بضرر الاخر
لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وله ان يمنع غيره من الانتفاع

ان تضرروا بها لا يقسم
طلب احدهم صح

بملكه واما الثاني فمتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب
المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلته لا لمعنى من
جهة صاحب الكثير **والعكس** وهو ان يقسم بطلب ذي القليل
دون الكثير **والاطلاق** وهو ان يقسم بطلب ايهما
كان **روايتان** ذكر العكس ابو بكر الجصاص لان صاحب
الكثير يطلب الاضرار بغيره والاخر راض بضرر نفسه
وذكر الاطلاق الحاكم في مختصره وصححه بعضهم لان
صاحب القليل راض بالضرر حين طلب القسمة وصاحب
الكثير منتفع بالقسمة فيقسم القاضي بينهم لهذا قال
في المبسوط والاصح ما ذكره الخصاف لان رضاه بالتزام
الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف
وايصاله الي منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند صاحب
القليل الا تري ان كل واحد منهما اذا كان بحيث لا
ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا من القاضي
لم يقسمها بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع
بنصيبه بعد القسمة والرجال والنساء والاحرار
والمماليك واهل الاسلام واهل الذمة في القسمة
سوآء لانها من حقوق الملك والمقصود التوصل بها الي
منفعته وهم في ذلك سوآء **ولا يقسم حمّام وبئر
ورحي ومختلف الجنس من العروض الا برضاهم**
لان القسمة لتكميل المنفعة واذا لم يبق لكل نصيب
منتفعا به انتفاعا مقصودا لا يتحقق معني القسمة فلا يقسم

القاضي بخلاف التراضي لالتزامهم الضرر وكن العبيد
والاماء الخلص عندنا اي عند ابي حنيفة وقسما كالشافعي
بطلب احدهما كعبيد مغنم وعبيد مختلطين بابل
اوغنم لان العبيد جنس واحد اذا كانوا ذكورا او اناثا
ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكنة لتقارب المقصود
فيقسم بينهم عند طلبهم[٢] كما في ساير الحيوانات وكما ٢ طلب بعضهم
في عبيد المغنم وفي عبيد مع ابل اوغنم اومتاع بناء علي
الاظهر لجعل قسمة العبيد تبعا لما تجري القسمة فيه
جبرا كالشرب والطريق في المبيع والمنقول في الوقف
ولابي حنيفة ان التفاوت في الرقيق اظهر منه في
الاجناس المختلفة فانها تتفاوت في المالية والرقيق
يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم قسمة الجبر لا تجري في الاجناس
المختلفة فكذا في الرقيق وهذا لان حق الغانمين
في المالية دون العين حتي كان للامام بيعها وقسمة
ثمنها بينهم فكان المعتبر ايصال مقدار من المالية
الي كل واحد منهم واما شركة الملك فحق الشركاء
في العين والمالية وللامام حق التمييز بالقسمة علي طريق
المعادلة وليس ولاية المعاوضة فاذا تعذر اعتبار المعادلة
هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الاجبار علي
القسمة والدور المشتركة في مصر واحد يقسم كل
منها علي حدة كدار اي كقسمة دار وضيعة او دار
وحانوت لاختلاف الجنس وقسماها جملة لو راي

القاضي

القاضي قسمتها جملة اصلح لهم من قسمتها علي حدة لان
الدور جنس واحد نظرا الي اتحاد الاسم والصورة واصل
السكني اجناس نظرا الي اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة
السكني باختلاف المحال فكان الترجيح مفوضا الي راي القاضي
فان مال الي الاول قسم كما في المغنم والثياب الهروية
وان مال الي الثاني لا يقسم وله انها اجناس مختلفة لاختلاف
المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الي المسجد
والماء والبعد من السور والاجناس المختلفة لا تقسم
قسمة واحدة الا بتراضي الشركاء لانها لتكميل المنفعة
وذا انما يكون عند اتحاد الجنس فاما اذا اختلف فقطع
حق البعض عن احدي الدارين لا يكون تكميلا للمنفعة
بل تفويتا لها ولا تفسخ القسمة باستحقاق بعض معين
من نصيب احدهما بل يرجع بحسابه علي ر فيقه لبقاء
ما وراء المستحق مفرزا علي حاله وتفسخ باستحقاق
شايع في النصيبين لان معني الافراز والتمييز لم يتحقق
ولهذا لو كان استحقاق ذلك ظاهرا لم تجز القسمة بينهما
فكذا لا تبقي لانها لو بقيت لتضرر الثالث بتفرق نصيبه
في النصيبين ولو استحق بعض شايع في نصيب احدهما
له اي لمن استحق بعض نصيبه الفسخ اي القسمة ان
شاء والرجوع علي صاحبه عند ابي حنيفة بحسابه
ويفسخها ابو يوسف بلا تردد يعني روي عن محمد
الفسخ وعدمه والاصح انه مع ابي حنيفة وجه قول ابي يوسف

ان باستحقاق نصف ما في يده شايعا ظهر لهما شريك
ثالث في الدار والدار المشتركة بين ثلاثة نفر اذا اقتسمها
اثنان منهم لا يصح كما لو استحق ربع الدار شايعًا يوضحه
ان استحقاقه وان كان من نصيب صاحب المقدم خاصة
فذلك يودي الي الشيوع في الكل لانه اذا اخذ المستحق
نصف ما في يد صاحب المقدم رجع بحصة ذلك فيما في
يد صاحب الموخر فيكون بمنزلة ما لو كان المستحق جزءًا
شايعا في الكل وجه قول ابي حنيفة ان القسمة في معني
البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع فيما بقي ولكن
يثبت الخيار للمشتري بين نقضه في الباقي وبين الرجوع
بعوض المستحق فكذلك القسمة ولين كانت بطريق
التمييز فهو ابعد عن الانتقاض فيما بقي باستحقاق بعضه
وهذا لان ما تبين مستحقا لا يمنع ابتداء القسمة فانه
لو كان موخر الدار بين شريكين ولهما شريك ثالث
في النصف المقدم بنصفه فاقتسما علي ان ياخذ احدهما
نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف الموخر وياخذ
الاخر ما بقي كان ذلك جايزا وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها
بطريق الاولى فصل في كيفية القسمة ودعوى الغلط والتهاتي بلغ
لما بين حقيقة القسمة وما لا يقسم بين كيفيتها لانها
صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف يصور
القاسم ما يقسمه اي يكتب علي قرطاس ان فلانا نصيبه
كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه ويعدله اي يسويه

علي سهام القسمة ويروي ويعزله اي يقطعه بالقسمة عن
غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لاحتمال
احتياجه اليه بالاجرة ويفرز كل نصيب بطريقه
وشربه ان امكن حتي لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب
بعض تعلق فيتحقق معني التمييز والافراز علي الكمال
ويلقب اي يسمي الانصباء بالاول والذي يليه
بالسهم الثاني والثالث الي ان يفرغ السهام ويكتب
اسماءهم اي اسماء الشركاء في بطاقات علي عدد سهامهم
ثم يطوي كل بطاقة ويجعلها في قطعة من طين او شمع
ويدلكها بين كفيه حتي تصير مستديرة كالبندقة
ويجعلها في كمه او في اناء ويقرع بينهم ويعطي السهم
الاول لمن خرج اسمه منهم اولا ثم يعطي الثاني لمن خرج
اسمه ثانيا وثمه يفعل كذلك والاصل ان ينظر في ذلك
الي اقل الانصباء حتي اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا
وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وشرح
ذلك ارض بين جماعة لاحدهم ثلاثة اسهم وللاخر
سهمان وللاخر سهم فارادوا قسمتها قسمت علي قدر
سهامهم ثم يجعل بنادق سهامهم علي عددها ويقرع
بينهم فاول بندقة خرجت توضع علي اول السهام ثم ينظر
اليها فان كانت لصاحب الثلاثة اعطاه ذلك السهم
وسهمين متصلين به وان كانت لصاحب السهمين
اعطاه الاول وما يليه وان كانت لصاحب السدس

اعطاه اياه ثم اذا خرج بعد اسم ذي الثلاثة ذوا الاثنين
اعطاه السهم الرابع والخامس وتعين الاخير للاخير وان
خرج اسم ذي الثلاثة ثانيا يعطيه السهم الثالث وسهمين
متصلين به وان خرج اسم ذي السدس ثانيا اعطاه اياه السهمين
وتعين ما بقي لمن بعده ولا يدخل القاسم في القسمة دراهم
الا برضاهم وصورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها
وفي احدي الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون
عوض البناء دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من
الارض فانه يجعل عوض منها ولا يكلف الذي يقع البناء
في نصيبه ان يرد بازائه دراهم لان القسمة من حقوق
الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم
الا اذا تعذر فحينئذ له ذلك لطلبهم القسمة منه
وعدم مكانها بدون الدراهم واختار محمد قسمة العلو
والسفل المجردين بالقيمة وبه يفتي يعني يقوم كل واحد
علي حدة ويقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك عنده
لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبير والسرداب لم
والاصطبل وغير ذلك فصار كالجنسين فلا يمكن
التعديل الا بالقيمة وجعل السفل ضعف العلو
رواية عن ابي حنيفة لان الشركة في المذروع والقسمة
فيه بالذرع هي الاصل فلا يعدل عنه ما امكن ثم قيل
اجاب بالضعف لما شاهد من عادة اهل الكوفة في
تفضيل السفل علي العلو وقيل لان منفعة السفل

ضعف منفعة العلو لانها تبقي بعد فوات العلو ومنفعة
العلو لا تبقي بعد فوات السفل وللسفل منفعة البناء
فانه لو اراد ان يحفر فيه سردابا لم يكن لصاحب العلو
منفعة منه والمعتبر في القسمة المعادلة فلهذا اجعل
بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو ويسوي
ابو يوسف بينهما اي بين العلو والسفل قيل لما شاهد
من عادة اهل بغداد في التسوية بينهما في منفعة
السكني او لان المقصود اصل السكني وقد استويا فيه
ولكل واحد منهما ان يتصرف في ملكه علي وجه لا يلحق
الضرر بصاحبه فان لصاحب العلو ان يبني علي علوه اذا
لم يضر بالسفل ولصاحب السفل ان يحفر سردابا فيه
اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فجعل ذراعا
من السفل بذراع من العلو قلنا ان في بعض البلدان
يكون قيمة العلو اكثر من قيمة السفل كما بمكة ومصر
وفي بعضها يكون بالعكس كما في الكوفة وفي كل موضع
يكثر الندي يختار العلو علي السفل وفي كل موضع يشتد
البرد ويكثر الريح يختار السفل علي العلو وربما يختلف ذلك
باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة الا بالقيمة
فان بقي لاحدهما مسيل او طريق في حظ الآخر
بلا شرط في القسمة صرف عنه الي جهة اخري ان
امكن صرفه تحقيقا لمعني القسمة وهو قطع الشركة وتكميل
المقصود والا اي وان لم يمكن فسخت لان المعقود وهو

ما ذكرنا لم يحصل فتفسخ وتستانف علي وجهٍ يتمكن
كل واحد ان يجعل لنفسه مسيلا وطريقا ولو اقر احدهما
بالاستيفاء ثم ادعي انه وقع من حظه شئ في يد
صاحبه غلطا واقام البينة تقبل بينته لانه قد اثبت
دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتي يستوفي كل ذي حق
حقه لان المعتبر فيها المعادلة وقد اثبت بالحجة انها لم توجد
بينهم وان لم تكن له بينة واراد تحليفه علي الغلط له
ذلك لانه لو اقر به لزمه فاذا انكره استحلفه عليه لرجاء
النكول فلو كانوا جماعة وحلف واحد منهم لم يبق له عليه
سبيل ومن نكل يجمع نصيبه الي نصيبه ثم يقسم بينهما
علي قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقراره حجة عليه
دون غيره ففيما في يده يجعل كانما اقر به حق فيقسم بينهما
علي قدر نصيبهما وقيل لا تقبل دعواه اصلا لانه تناقض
قلنا ان التناقض في موضع الخفا لا يضر وهنا اعتمد المدعي
علي فعل القاسم فاقر بالاستيفاء ثم ظهر له الغلط في فعله
بعد ما تامل حق التامل فلا يعتد بذلك عند ظهور الحق
وتقبل شهادة القاسمين عندنا ان اختلفوا اي اذا
قسمت دارٌ او ارض بين ورثةٍ او مشتريين فانكر بعضهم
ان يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان اللذان
توليا القسمة انه استوفي نصيبه تقبل شهادتهما عند
ابي حنيفة وابي يوسف وردها محمد كالشافعي وهو
قول ابي يوسف اولا وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما

وجه الرد

وجه الرد انهما شهدا علي فعل انفسهما فترد كرجل علق
عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير علي فعله ووجه
القبول انهما شهدا علي الاستيفاء والقبض وهو فعل
غيرهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الي الشهادة عليه
ولانه لا يصلح مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض
والاستيفاء وهو فعل الغير وقال بعض المشايخ هذا اذا
لم يستاجرا علي القسمة حتي لا يكونا جارين بها نفعا
لانفسهما اما اذا قسماه باجرٍ فلا تقبل الشهادة بالاتفاق
قلنا هما لا يجران بهذه الشهادة مغنما لان الخصوم اتفقوا علي
ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الخلاف
في الاستيفاء فكانت التهمة منفية وان اقر احدهما
بالاستيفاء ثم قال لشريكه اخذت بعضه مني غصبا
حلف لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر والقول للمنكر
مع يمينه وان لم يقر به اي بالاستيفاء وادعي ان ذا
القدر المعين حظه اصابه بالقسمة ولم يسلم اليه وكذبه
شريكه وادعي انه من سهمه تحالفا وفسخت لان الاختلاف
في مقدار ما اصاب كل واحد بالقسمة فصار كالاختلاف
في مقدار المبيع او ظهر فيها غبن فاحش وان كانت
القسمة بقضاء القاضي لان تصرفه مقيد بالعدل
ولم يوجد وكذا لو ظهر الغبن الفاحش فيما اقتسماه
بالتراضي في الصحيح ذكره قاضي خان وتجوز المهاياة
الهيئة هي الحالة الظاهرة للتهيئ للشئ والتهائي تفاعل

منها وهي ان يتواضعوا علي امر فيتراضوا به وحقيقته
ان كلا منهم يرضي بحالة ويختارها واما المهاياة بابدال
الهمزة الفا فلغة وهي جائزة استحسانا لما روي انه
صلي الله عليه وسلم قسم في غزوة بدر كل بعير بين
ثلاثة نفر وكانوا يتناوبون في الركوب ولان الاعيان
خلقت للانتفاع بها وهو مستحق لملاكها فمتي كان الملك
مشتركا كان حق الانتفاع مشتركا وقد يكون المحل بحال
لا يحتمل القسمة عينا ولا يحتمل الانتفاع علي الاشتراك
في زمان واحد فيحتاج الي التهائي وهو قسمة المنافع
فتجوز كالقسمة في الاعيان ولهذا يجري فيه جبر القاضي
كما يجري في القسمة الا انها اقوى منه في استكمال المنفعة
لانها جمع المنافع في زمان واحد وهذا جمع علي التعاقب
ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر التهائي
يقسم القاضي لانها ابلغ منه في سكني دار او دارين
او خدمة عبد او عبدين اما في الدار الواحدة علي ان
يسكن هذا طايفة وهذا طايفة او هذا علوها وهذا
سفلها فلان القسمة علي هذا الوجه جايزة فكذا المهاياة
واما في العبد الواحد والبيت الصغير فلان المهاياة قد
تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول
متعين ههنا واما في العبدين والدارين فظاهر عندهما
لانهما يجوز ان قسمة الدور والعبيد واما عنده فلان
الخدمة هي القيام بالحوايج والتفاوت في ذلك يقل وكذا

التفاوت

التفاوت يقل في الدارين فيجوز بالتراضي ويجري فيه
جبر القاضي ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف
القسمة لان التفاوت يكثر في اعيانها فالتحقت بالاجناس
المختلفة وعن ابي حنيفة انها لا تجوز بالجبر اعتبارا بالقسمة
وكن ابالتراضي لانه يصير بيع السكني بالسكني بخلاف قسمتها
بالتراضي لان بيع بعض احدهما ببعض الاخري جايز ووجه
الظاهر ما قدمناه ويجوز في غلة دار او دارين في ظاهر
الرواية لان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال
ثابت في الحال فالظاهر بقاؤه في العقار ولو زادت الغلة
في الدار الواحدة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر
يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما لو كان
التهائي في المنافع فاشتغل احدهما في نوبته زيادة لان
التهائي وقع في المنافع ثمة فتجب مراعاة المعادلة فيها
وبالتفاوت في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع
لان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند
العقد وبخلاف ما لو تهايئا علي الاستغلال في الدارين
وفضلت غلة احدهما حيث لا يشتركان فيه لان معني الافراز
راجح في الدارين لاتحاد زمان الايفاء [٢] لان كل واحد منهما الاستيفاء [٢]
يصل الي الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار
الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كانه اقرض نصيبه
من غلة هذا الشهر علي ان يستوفي من نصيبه في الشهر
الثاني ويجعل كل واحد وكيلا عن صاحبه في اجارة نصيبه

فاذا استوفي قدر القرض كان الباقي مشتركا لا اي لا يجوز في غلة
عبد او بغل واحد لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال
والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول
لان القوي الجسمانية متناهية فتفوت المعادلة وكذا الحكم
عند ابي حنيفة في تهائي غلة عبدين او بغلين او ركوب
بغل او بغلين ويجوز عندهما اما في غلة العبدين فلان
المهاياة تجوز في خدمتهما فتجوز في غلتهما اعتبارا بالدارين
واما في غلة البغلين وركوبهما وركوب بغل فلان القاضي
يقسم الحيوان بينهما جبرا فكذا منافعه وبدلها ولابي حنيفة
في الغلة انه متي اعتبرنا التفاوت عند اختلاف الزمان
فلان يعتبر عند اختلاف المحل اولي فالعبدان لا يتساويان
عادة في تحمل التعب بل يتفاوتان وعند التفاوت في تحمله
يفوت الاعتدال والتهائي في الخدمة جوز ضرورة لعدم
امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لانها
عين مال بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار
وفي الركوب انه يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين
حاذق واخرق فلا تتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه
كما لا يصح في ثمر شجر او لبن غنم علي ان ياخذ كل واحد
منهم طايفة يستثمرها او طايفة يرعاها وينتفع بالبانها
لانه يختص بالمنافع دون الاعيان فالضرورة تتحقق في
المنافع لانه لا يمكن قسمتها بعد وجودها لسرعة فنائها
وانقضائها وهذه اعيان باقية يمكن قسمتها فلم تتحقق

الضرورة

الضرورة والحيلة ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري
كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بوزن معلوم استقراضا
لنصيب صاحبه نعم هو قرض المشاع لكنه جايز ولو طلب
احدهما القسمة والاخر المهاياة يقسم لانها ابلغ منها
ولو وقعت فيما يحتمل القسمة كالدار والارض ونحوهما
ثم طلب احدهما القسمة يُقسم وتبطل المهاياة لانها ابلغ
في استكمال المنفعة منها ولا يبطل التهائي بموت احدهما
او بموتهما لانه لو انتقض لاحتاج الحاكم الي اعادته
في الحال فلا معني للنقض ثم الاستيناف والله اعلم

كتاب الهبة

لما اعقب البيوع بالحج لمناسبةٍ ذكرت ثمة وتتابعة
المناسبات في بقية الكتب[٢] ذكر الهبة لانها من جملة
ما وضع لتمليك الاعيان ولكن لما كانت بغير عوض
اخرها عما وضع له به وعن القسمة لعدم احتياجها اليها
هي لغة التبرع بما ينتفع به يقال وهبت له مالا وهبا وهبة
وقد يقال وهبه مالاً ولا يقال وهبت منه وسمي الموهوب
هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله
واستوهبه منه ساله وشرعا تمليك العين بلا عوض
واهلها اهل التبرع وهو الحر المكلف وركنها الايجاب
والقبول لانها عقد وقيامه بهما وشرطها ان يكون
الموهوب مقسوما محوزا وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها
بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالي فان طبن

[٢] الي هنا

لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئًا مريئًا واباحة الاكل
بطريق الهبة دليل جوازها واما السنة فقوله عليه السلام
الرجل احق بهبته مالم يثب منها[٢] رواه ابن ماجة من عينها[٢]
حديث ابي هريرة وقوله لو دعيت الي ذراع او كراع لاجبتُ
ولو اهدي الي ذراع او كراع لقبلتُ رواه البخاري وقوله
تهادّوا تحابّوا رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب
وزاد الطبراني في معجمه الوسط وهاجروا تورثوا اولادكم
مجدًا واقيلوا الكرام عثراتهم وبرواية الموطا تصافحوا
يذهب الغلّ وتهادّوا تحابّوا وتذهب الشحنا وبرواية
الترمذي تهادوا فان الهدية تذهب وحَرَ الصدر ولا
تحقرن جارة جارتها ولو فرسن شاةٍ وتصح بايجاب
كوهبت ونحلت واعطيت واطعمتك هذا الطعام
واعمرتك هذا الشئ وجعلته لك عمري وحملتك
علي هذه الدابة ناويًا به الهبة وكسوتك هذا
الثوب وداري لك هبة تسكنها وقبولٍ وقبضٍ
في المجلس بلا حاجة الي اذنٍ وبعده به اما بالايجاب
والقبول فلما بينا واما لانعقاد باللفظ الاول فلانه
صريحٌ فيها واما بالثاني والثالث فلانهما يستعملان
للتمليك بغير عوض قال صلي الله عليه وسلم اكل ولدك
نحلته مثل هذا قال لا فقال عليه السلام فارجعه رواه
الستة عن النعمان بن بشير ويقال اعطاك الله ووهبك
الله بمعنيً واما الرابع فلان الاطعام اذا اضيف الي ما

يطعم

يطعم عينه يراد به تمليك العين بغير عوض وذا يكون
بالهبة بخلاف اطعمتك هذه الارض فانه يكون عارية
لان عينها لا تطعم فمعناه اطعمتك ما يحصل منها فكان
تمليكا لمنفعتها دون عينها واما بالخامس فلقوله صلى الله
عليه وسلم من اعمرَ رجلا عمري له ولعقبه فقد قطع
قوله حقه منها وهي لمن اعمرَ ولعقبه رواه الجماعة
الا البخاري واما بالسادس فلان اللام للتمليك فكان
معني كلامه ملكتك هذا الشئ لك وكسوتك هذا الثوب
بمعناه لانه لتمليك العين قال تعالي او كسوتهم والكفارة
لا تتاتي بدون الثوب ويقال اكسي الامير فلانا ثوبا اي
ملكه منه واما بالسابع فلان الحمل علي الدابة الاركاب
وهو تصرف في منفعتها لا في عينها فتكون عارية الا ان
يريد به الهبة فانه قد يذكرُ للتمليك يقال حمل الامير
فلانا علي فرسه اي ملكه فاذا نوي ما يحتمله لفظه وفيه
تشديدٌ عليه تعتبر نيته واما بالثامن فلان قوله داري
هبة ظاهر في الهبة وقوله تسكنها مشورة وليس بتفسير
وتنبيه علي المقصود بخلاف قوله هبة سكني لانه تفسير لها
وعلماونا والشافعي لم يثبتوا الملك بلا قبض واثبته مالك
بدونه لانه عقد تمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به علي
القبض كالبيع وعلي هذا الخلاف الصدقة وحجتنا فيه ما
في الموطا عن عايشة رضي الله عنها قالت ان ابابكرٍ نحلها
جذاد عشرين وسقا بالعالية فلما حضرته الوفاة قال ما احدٌ

من الناس احب اليَّ غنيً بعدي منك ولا اعزّ عليّ فقراً منك
واني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا فلو كنت حزتيه
كان ذلك وانما هو اليوم مال وارث وانما هما اخواك واختاك
فاقتسموه علي كتاب الله وفي لفظ يا بنية اني كنت نحلتك نخلا
من خيبر واني ان اكون آثرتك علي ولدي فانك لم حزتيه تكوني
فرديه علي ولدي فقالت لو كانت لي خيبر بجدادها لرددتها
ولان الهبة تبرع ولا يجوز ان يلزم المتبرع شئ لم يتبرع به ولو
ثبت الملك بمجرد العقد لتوجهت المطالبة عليه بالتسليم
اليه فيؤدي الي ايجاب التسليم علي المتبرع ولم يتبرع به
وايجاب مالم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف
المعاوضات وهذا بخلاف الوصية لان الملك يثبت ثمة
بعد الموت ولا مطالبة علي الموصي والوارث لم يملك ما نفذت
الوصية فيه لتاخر حقه عنها فان قبض الموهوب له في المجلس
بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبضه بعد الافتراق
لم يجز الا ان ياذن له والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض
تصرف في ملك الواهب والتصرف في ملك الغير لا يصح الا
باذنه وجه الاستحسان ان القبض هنا بمنزلة القبول من
حيث توقف الملك عليهما فكما ان الايجاب يكون تسليطا
منه علي القبول فكذا يكون تسليطا علي القبض الذي نزل
منزلته بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا
التسليط علي القبض الحاقا له بالقبول وهو يتقيد بالمجلس
فكذا ما نزل منزلته **ولا تجوز هبة المشاع فيما لا يقسم** ونعني

بما لا يقسم

بما لا يقسم ما لا يبقي منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد
واحد او دابة واحدة او لا يبقي منتفعا به بعد القسمة
من جنس الانتفاع الذي كان قبلها كالبيت الصغير
والحمام الصغير والثوب الصغير ونعني بما يقسم ان يبقي
منتفعا به قبل القسمة وبعدها **الا** اي لا يجوز **فيما يقسم
عندنا** واجازها الشافعي ومالك لانها عقد تمليك
فيصح في المشاع كالبيع وهذا لان الشايع محل لما هو موجب
هذا العقد وهو الملك فيكون محلا لهذا العقد اذ الشرط
في محل اضيف اليه العقد كونه محلا لحكم العقد وقد
وجد واعتمادنا في المسئلة علي اجماع الخلفاء الراشدين
فقد روينا عن ابي بكر ما مرّ آنفا وعن عمر انه قال
ما بال احدكم يتصدق علي ولده بصدقة لا يحوزها
ولا يقسمها يقول ان انا متُّ كانت له وان هو مات
رجعت اليَّ وايم الله لا يتصدق منكم رجلٌ علي ولده
صدقة لم يحزها ولم يقسمها ثم مات الا صارت ميراثا
لورثته وهكذا نقل عن عثمان وعن عليّ فمن وهب
ثلث كذا او ربع كذا لا يجوز حتي يقاسم **الا اذا قسم
وسلم** لان المؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد
حتي لو وهب الكل وسلمه النصف لا يجوز ولو وهبه
النصف ثم النصف الآخر وسلم الكل جاز **ولا تصح هبة
دقيق ودهن في حبه ولا سمن في لبنه وان اخرج
وسلم** لان العقد مضاف الي المعدوم فلغا ولهذا لو

استخرجه الغاصب يملكه والعقد اذا بطل لعدم المحل
لا ينقلب جايزا لوجوده بل يفتقر بعد وجوده الي التجديد
بخلاف المشاع لانه محل لانه موجود وقت العقد ويتصور
القبض فيه لكن لا علي سبيل الكمال وهبة اللبن في الضرع
والصوف علي ظهر الغنم والنخل في الارض والثمر علي الشجر
بمنزلة المشاع لان عدم الجواز لاتصال الموهوب بما ليس
بموهوب مع امكان الفصل وذا يمنع القبض كالمشاع ولا
تصح هبة الدين لغير المديون لعدم تصور القبض الا اذا
امره بقبضه له ثم يقبضه لنفسه فحينيذ تصح لوجود
القبض واو تفنا هبته اي الدين للمديون علي قوله
فان قبله امتنع الرجوع فيه لانه سقط عنه فانه قابض للدين
بذمته فيملكه بالقبول ومن ملك دينا عليه سقط عنه
والساقط متلاش فلا يتحقق الرجوع فيه كما لو كان عينا
فهلك عنده وان قال لا اقبلها فالدين بحاله عليه والابراء
يتم من غير قبول ولكن للمديون ان يرد قبل موته وعن زفر
انه سوّي بينهما وقال تتم الهبة والابرآء قبل القبول
بنآء علي اصله انه يعتبر ما هو المقصود وهو في الوجهين
الاسقاط دون التمليك لان ما في الذمة ليس بمحل
للتمليك وانما هو مجرد مطالبة تحتمل الاسقاط ولكن
ان رده المديون يصح رده في الوجهين عنده وكان ابن
شجاع يقول لا يرده لان الاسقاط يتم بالمسقط والمسقط
يكون متلاشيًا فلا يتصور فيه الرد واعتبره بالطلاق

والاعتاق والعفو عن القصاص ولكنا نقول الدين مملوك للطالب
في ذمة المديون فيكون قابلا للتمليك منه الا تري انه يملكه بالبيع
منه فاذا ذكر لفظ الهبة وجب اعتبار معني التمليك فيه وهو لا يتم
بالملك قبل قبول الآخر لان احدا لا يملك ادخال شئ في ملك
غيره قصدا من غير قبوله وهو محتمل للاسقاط ايضًا لانه
في الحقيقة ليس الا مجرد حق المطالبة والابرآء اسقاط فاذا ذكر
لفظ الابرآء كان تصرفه اسقاطا وهو تصرف من المسقط في
خالص حقه فلهذا يتم بنفسه ولكنه يتضمن معني التمليك
من وجهٍ لما بينا ان الدين في ذمته وانما يسقط عنه اذا
ملكه فلاعتبارِ هذا المعني قلنا له ان يرده بخلاف الطلاق
ونحوه فانه اسقاط محض لا يتضمن معني التمليك حتي ان الابرآء
لو كان اسقاطا محضا لم يرتد بالرد وهو ابراء الكفيل فانه اسقاط
محض لان الدين يبقي علي الاصيل علي حاله ولو قال له اذا جاء
غد فانت برئ من الدين او قال هو لك او قال ان اديت
نصفه فلك نصفه او قال انت برئ من النصف الباقي كان
الابرآء باطلا لان تمليك الدين فيه معني الاسقاط وابراء
الدين اسقاط فيه معني التمليك فصار كل واحد منهما تمليكا
من وجهٍ واسقاطا من وجهٍ وهذا لان الدين مال بالنظر
الي المآل حتي وجبت فيه الزكوة ووصف بالنظر الي الحال
حتي لا يحب لو حلف ان لا مال له ولهذا يرتد بالرد وهو
آية التمليك ويتم بلا قبول وهي امارة الاسقاط والتعليق
بالشرط مشروع في الاسقاطات المحضة دون ما فيه معني

التمليك وهبة واحد دارًا لاثنين غير صحيحة عند ابي حنيفة
كهبة اي كعدم جواز هبة اثنين لاثنين اتفاقا لتحقق الشيوع
واجازاها كعكسه اي كجواز هبة الاثنين لواحد لوجود التسليم
والقبض جملة لهما انها تمليك واحد حصل في كل هذا الشيء
لانه تمليك البعض للواحد والبعض للآخر لانه حينئذ
تمليكين لا تمليكا واحدا وقضية اضافة العقد اليهما اضافة
واحدة ان يكون تمليكا واحدا وهما قد قبضاه جملة فلا شيوع
ولابي حنيفة ان الملك يثبت على الشيوع في النصف لهذا
وفي النصف لهذا بالاجماع والقبض لا يتحقق في المشاع وهذا
لانه لما ثبت ان الملك حصل لهما شايعا ثبت ان التمليك
وقع شايعا اذ حكم الملك حكم التمليك ومتى حكمنا بثبوت
الملك في النصف لهذا وفي النصف لهذا فقد حكمنا بانه
تمليك النصف من هذا وتمليك النصف من هذا ولهذا
لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صحت ولو لم يكن تمليك النصف
من كل واحد لما صحت واجاز محمد هبة ثلثها اي ثلث الدار
لواحد وهبة ثلثيها الآخر ولم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف
فابو حنيفة مرّ على اصله وكذا محمد لان هذه هبة واحدة
من رجلين نص على التفاضل او لم ينص الا ترى ان البيع
من رجلين جعل بيعا واحدا منهما لا بيعين سوآء نص على التفاضل
بينهما او لم ينص كذا هنا وابو يوسف يقول انما جوزنا الهبة
لرجلين على تقدير انه لم يقصد به اثبات الحكم لهذا في الابعاض
فاذا نص على الابعاض على التفاوت علمنا ان قصده اثبات الحكم

ع ٢ ولهذا جوزنا

في البعض لهذا او البعض لهذا فيدخل فيه الشيوع وجوزنا
الرهن وجوزنا الرهن من اثنين عند عدم التعرض للابعاض
واذا تعرض بان قال رهنتكما هذا الشيء على ان يكون النصف
رهنا عند هذا والنصف رهنا عند ذا كان فاسدا لان
بالتفصيل يتفرق العقد كذا هنا ولو قال لاحدهما نصفها
وللآخر نصفها فعن ابي يوسف روايتان وجه الفساد ما
قلناه ووجه الصحة امكان جعل هذا مجازا عن الموجب
لان مطلق العقد يقتضيه فلم يعتبر شيوعا بخلاف ما
اذا نصّ على التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضي وقوع الحكم
على هذا المثال فلا يمكن ان يجعل مجازا عن موجب العقد
فيقتضي شيوعا في العقد فيفسد وتتم هبة الاب
لطفله بمجرد العقد لان الموهوب في يد الاب فينوب

ع ٣ وان

عن قبض الهبة وان كان في يد مودعه لان يده كيده
بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا كالهبة للغاصب
او المستعير ونحوه اي كما تتم الهبة بالايجاب والقبول
وان لم يجد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض
هو الشرط بخلاف ما اذا باعه للمستعير لان القبض في البيع
مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة وتتم هبة الاجنبي
له اي للطفل بقبض وليه وهو الاب او الجد اب الاب
او وصيهما لان لهؤلآء ولاية عليه وقد تمحض التصرف
نفعا له او قبض له من هو في حجره ويعوله كالاخ والعم
والام لانه يتمحض نفعا له وكذا اذا كان في حجر اجنبي

يربيه لان له يدا معتبرة الا تري انه لا يتمكن اجنبي آخر
ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وبقبضه
هو لو كان عاقلا لانه في المنافع المحض ملحق بالبالغ ويجوز
قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف لتفويض
الاب امورها اليه بخلاف ما قبله ويملكه مع حضرة الاب
بخلاف الام ويامر ابو يوسف بقسمة ما وهبه لابنه
وبنته انصافا لا اثلاثا كما امر به محمد لان تخصيص
احدهما بهبة شيء مكروه والعدل التسوية قال صلى الله
عليه وسلم لمن وهب لاحد ولديه دون الآخر لا تشهدني
علي جور والعدل عند ابي يوسف ان يجعل لكل واحد
مثل الآخر وعند محمد ان يجعل الثلثين للابن والثلث
للبنت لان الشرع جعل ميراثهما كذلك فكان هو العدل
وله ان العدل هو التسوية لغة والانصاف من النصف فيصار
اليه واجاز محمد هبة مال طفله بعوض يساويه لانها
بعوض بيع انتهاء ولم يجيزاها لانها متبرع ابتداء فلا يملكه
الاب ولو قال جميع مالي او قال ما املكه لفلان كان هذا
هبة لانه جعل ماله لفلان او قال ما ينسب الي او ما
يعرف بي لفلان كان اقرارا لنسبته اليه ابتداء ويجوز
ان يكون الشيء منسوبا الي شخص ومعروفا به وهو في
نفس الامر لغيره ولو وهب امة الا حملها او وهبها
علي ان يردها اليه اي الي الواهب او علي ان يستولدها
الموهوب له او وهبه دارا علي ان يعوضه شيئا منها اي من

الدار صحت وبطل الاستثناء والشرط اما الاستثناء فلانه
انما يعمل في محل فيه العقد فاذا لم يصح عقد الهبة علي ما
في البطن لكونه وصفا لم يكن محلا للاستثناء فكان هذا
شرطا فاسدا والهبة ونحوها لا تبطل بالشروط الفاسدة
بل يصح العقد ويبطل الشرط لان الملك معلق بفعل
حسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل بالشروط الفاسدة
وانما يؤثر الشرط الفاسد في العقود الشرعية لان الحسيات
اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن ان تجعل عدما واما بطلان
الشرط فلانه مخالف لموجب العقد واصله ان النبي صلى الله
عليه وسلم اجاز العمري وابطل شرط المعمر والعمري
تمليك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متي مات المعمر لان
العمري ان تقول ملكتك هذه ما دمت حيا او عمرك
فاذا امت فهو لي ولو اعتق حملها ثم وهبها صحت هبته
في الام ولو دبره ثم وهبها لا يصح فيها والفرق ان
التدبير لا يزيل الملك عن المدبر والموهوب متصل بما ليس بموهوب
فصار كهبة المشاع فيما يقسم او كهبة شيء مشغول بملك الواهب
فلم تجز واما الاعتاق فمزيل للملك عن المعتق فاذا وهب
الام بعد اعتاق حملها لم يكن الموهوب متصلا بما ليس
بموهوب في ملك الواهب فهو كما لو وهب ارضه وفيها
ابنه واقف وسلمها الي الموهوب له فانها تتم كذا هنا والله تعالى اعلم

بلغ

-•- فصل في الرجوع وعدمه -•-

لما كانت الهبة متنوعة الي ما يصح الرجوع فيها والي ما لا يصح

ذكره في فصل على حدة فقال **يصح الرجوع عنها** لما روي من
قوله صلى الله عليه وسلم الرجل احق بهبته ما لم يثب منها
اي ما لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون
هبة حقيقة واضافتها الي الواهب باعتبار انها كانت له ولكن
بكراهة لقول ابن عباس مرفوعا العايد في هبته كالعايد
في قيئه وعنه ايضا العايد في هبته كالكلب يعود في قيئه
رواهما الشيخان وهذا التشبيه في معني الاستقذار
والاستقباح لا في حرمة الرجوع بقرينة قوله في الرواية
الاخري كالكلب يعود في قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح
لا بالحرمة وبه نقول انه يستقبح **وجعلناه** اي الرجوع
بالتراضي اي بتراضيهما **فسخا** للعقد من الاصل حتى لا يشترط
فيه قبض الواهب ويصح في الشايع **كالرجوع بقضاء لا هبة
مبتداءة** كما قال زفر واحتج بانه عاد الملك اليه بتراضيهما
فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث ولهذا لو رده في مرض
موته برضاه يعتبر من الثلث قلنا عقد وقع غير لازم فاذا
رفع يرجع اليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل
واما رجوعه في مرض موت الموهوب له برضاه ففيه روايتان
في احداهما يعتبر من جميع ماله وذكر ابن سماعة فيه القياس
والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله وفي الاستحسان
يعتبر من الثلث لانه تمليك مبتدأ ولكن في الرد في مرضه
باختياره متهم فيه بالقصد الي حق الورثة عما تعلق حقهم به
فلرد قصده جعل معتبرا من ثلثه يوضحه ان حق الواهب

يتهم

في الرجوع

في الرجوع ضعيف حتى يتمكن الموهوب له من اسقاطه بتصرفه
فاذا اتصل قضاء القاضي به يقوي فيتقدم علي حق غرماء الموهوب له
وورثته لقوته واذا لم يتصل به القضاء يتقدم حق الغرماء
والورثة علي حقه لقوة حقهم وضعف حق الواهب **ويمتنع
الرجوع عندنا في حروف دمع خزقه** ويصح فيما عداها
لا انه يمتنع الرجوع **في غير** هبة **الوالد لولده** مطلقا ويصح
فيما يهبه لولده كما قال الشافعي ومالك واحتجا بما روي
ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال لا يحل لرجل ان يعطي عطية او يهب هبة فيرجع
فيها الا الوالد فيما يعطي لولده ومثل الذي يعطي عطية
ثم يرجع كمثل الكلب ياكل فاذا شبع قاء ثم عاد في قيئه
رواه اصحاب السنن وقال الترمذي حديث حسن صحيح
فقد نفي حل الرجوع ولا يجوز الاقدام علي ارتكاب الحرام
شرعا ولانها عقد تمليك فوجب ان يلزم كالبيع وهذا
لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد
موجبا لما يضاد المقصود وانما يثبت حق الرجوع فيما بين
الوالد والولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد
كسبه او بعضه فلم يتم التمليك ولنا ما رويناه آنفا ولان
المقصود بها للاجانب التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ
عند فواته اذ العقد يقبله يعني بالتراضي او بقضاء القاضي
لان الرجوع فيها مختلف فيه بين العلماء منهم من رآي
ومنهم من ابي وفي اصله وهاء فيكون الفصل بالتراضي

او اوالقضاء لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له
يمنع تمليكه والملك مطلق له ذلك فلا بُدَّ من اعتبار قضاء
القاضي بينهما والمراد بما روي ان لا ينفرد بالرجوع من غير
قضاء ولا رضي الا الوالد اذا احتاج الي ذلك فانه ينفرد بالاخذ
لحاجته وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن
رجوعا في الحكم فتلزم الهبة بالزيادة المتصلة كالسمن
الذي يورث زيادة في قيمة الموهوب والبناء والغرس
في الارض الموهوبة كلها او بعضها ما دام فيها لانه لا وجه
الي الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا معها لعدم
دخولها تحت العقد فلا يكون محلا للفسخ لا بالزيادة المنفصلة
كالولد والثمرة لان الرجوع في الاصل دون الزيادة وان
كانت الزيادة من غُلوِّ السعر له ان يرجع عندهم لانها
ليست بزيادة في العين الموهوبة وانما هي زيادة رغبة
الناس وهي بحالها كما لو كانتْ فلا يمنع الرجوع ولو علمه القرآن
او حرفةً فازدادت قيمته لا يرجع في قول ابي يوسف لانها
زيادة معنوية فاشبه زيادة السمن والجمال ويرجع في قول
زفر لانه لم يزد حقيقة وانما ازداد رغبة الناس فيه فصار
كالسعر واعتبرنا انكار الواهب حدوثها اي حدوث
الزيادة لانه يدعي لزوم العقد وهو ينكر لا دعواها
اي دعوي الزيادة كما قال زفر لانه ينكر حق الواهب
في الزيادة الحادثة وتلزم بموت احد المتعاقدين
اما اذا مات الموهوب له فلان الملك قد انتقل الي الورثة

فصار

فصار كانه انتقل اليهم حال حيوته واما اذا مات الواهب
فلان الوارث لم يوجب الملك له فلا يكون له حق الرجوع
وبعوض عنها اي عن الهبة مقبوض ولو كان مز اجنبي
تبرعا كخذ هذا عوض هبتك او بدلها او في مقابلتها او
مكافاة عنها لما روينا ولان حق الرجوع في الهبة كان لخللٍ
في مقصوده وقد عدم ذلك لوصول العوض اليه ولو وهب
للواهب شيئا ولم يقل هذا عوض هبتك او ما شاكله فللواهب
الرجوع في هبته لانه لما لم يضف تمليكه الي هبته كان فعله
هبة مبتداة لا تعويضا فلكل واحد منهما ان يرجع ولو
استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم
يسلم له ما يقابل نصفه ولو كان الامر بالعكس بان
استحق نصف العوض نفيناه اي الرجوع في الهبة الا ان
يرد الباقي منه واجازه زفر اعتبارا بالعوض الاخر ولنا
ان الباقي يصلح عوضا عن الكل من الابتداء وبالاستحقاق
تبين انه لا عوض له الا ذلك الا انه يتخير لانه ما اسقط
حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده
ولو عوض عن النصف فقط رجع بما لم يعوض عنه لان
المانع خص النصف غاية ما في الباب [٢] لزم منه الشيوع لكنه
طارٍ فلا يضر ويلزم بخروجها عن ملكه لانه حصل بتسليطه
وسعي الانسان في نقض ما تمَّ من جهته مردود فان خرج
بعضها رجع بما بقي لان البايع خص ما خرج وبالزوجية
وقت الهبة لانها نظير القرابة القريبة في التواصل بدليل

[٢] أنه

جريان التوارث بينهما بلا حجب وبطلان الشهادة فكان المقصود
الصلة وقد حصل الا اذا وهب ثم نكح لانه لما وهب لها
حين كانت اجنبية علم ان مقصوده العوض ولم ينله فله ان
يرجع فيها ولو وهب لامراته هبة ثم ابانها ليس له ان يرجع
فيها لانها لما كانت حال قيام الزوجية علم انه لم يكن مقصوده
العوض فلهذا لا يرجع فيها وبالقرابة المحرمية لما في بيوع
المستدرك وسنن الدارقطني والبيهقي عن عبد الله بن جعفر
عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن
عن سمرة قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم اذا كانت
الهبة لذي رحم لم يرجع فيها وصححه الحاكم وقال في الامام
رواة هذا الحديث كلهم ثقات ولان المقصود قد حصل وهو
صلة الرحم لانها واجبة في المحارم وكل عقد افاد مقصوده يلزم
الا اذا وهب لاخيه القن لانها وقعت لمولاه وهو اجنبي عنه
وكذا الحكم في عبد اخيه يعني له الرجوع فيما وهب له
عند ابي حنيفة وهما نفيا الرجوع لان الملك يقع لمولاه
وهو اخوه وله انها تقع للمولي من وجه وهو ملك الرقبة
وللعبد من وجه وهو ملك اليد الا تري انه احق به ما لم
يفضل عن حاجته فلو اعتبرنا احد الجانبين يلزم ولو اعتبرنا
الجانب الاخر لا يلزم فلا يلزم بالشك في المسئلتين
ويلزم بالهلاك لتعذر الرجوع بعده فان ادعاه اي
الهلاك صدق بلا يمين لان دعواه الهلاك اخبار منه
بهلاك ملكه وانه لا يوجب يمينا وجعلناها اي الهبة

بشرط

بشرط العوض هبة ابتداء مثل ان يقول وهبتك هذا العبد
علي ان تعوضني هذا الثوب لا ان يقول بالباء فانه يكون بيعا
ابتداء وانتهاء اتفاقا اما اذا كان بلفظ علي فانه يكون هبة
ابتداء فيشترط التقابض في العوضين ولكل منهما ان يرجع
في سلعته ما لم يوجد القبض في السلعتين جميعا وتبطل بالشيوع
لكونها هبة ابتداء بيعا انتهاء فترد بخيار العيب وخيار
الروية وتوخذ بالشفعة لو عقارا لا بيعا مطلقا يعني ابتداء
وانتهاء كما قال زفر حتي يثبت الملك بمجرد العقد ولا تبطل
بالشيوع لان هذا التصرف معاوضة معني وان كان تبرعا
لفظا فكان بيعا كقوله وهبتك هذا بكذا اي ملكتك هذا
بكذا وهذا لان شرط العوض ينافي التبرعات ويختص بالمعاوضات
والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ الا تري ان الكفالة بشرط
براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة
فان هبة الرجل بنته لاخر يكون انكاحا وهبة امراته
نفسها يكون طلاقا وهبة عبده يكون اعتاقا وهبة الدين
لمن عليه يكون ابراء فاللفظ واحد والعقود مختلفة لاختلاف
المعني ولنا ان ما اشتمل علي جهتين يجب الجمع بينهما
توفيرا علي الشبهين حظهما كالاقالة لما اشتملت علي
معني البيع والفسخ جمعنا بينهما وقد امكن هنا الجمع بينهما
بان يعتبر هبة ابتداء اعتبارا للفظ حتي يبطل بعدم القبض
وبيعا انتهاء اعتبارا للمعني حتي اعتبر من الثلث وهذا لان
اللفظ قالب المعني فلا بد من اعتباره الا اذا تعذر الجمع

للمنافاة كما فيما ذكر من المسائل فوجب اعتبار المعنى وسقط
اعتبار اللفظ ترجيحا للمعني عليه ولا منافاة ههنا **ويسقط** ابو يوسف
الرجوع بتضحيته الهبة او ذبحها في هدي المتعة **او نذر**
التصدق بها لانها خرجت عن ملكه الي الله تعالى بما
وجد منه ولهذا لا يجوز بيعها عنده وصار **كما لو ملكها**
لغيره او تصدق بها **وسلمها** اخرجها عن ملكه **وابقاه** محمد
كن بجها لغير قربة وهو اي جواز الرجوع **رواية** عن ابي حنيفة
لانها لم تخرج عن ملكه ولهذا اجاز بيعها عنده وما تقرب
به الي الله هو التضحية فقد حصل باراقة الدم والرجوع
لا يرد عليها بل علي باقي اجزائها بخلاف ما لو سلمها اخرجها
عن ملكه حينئذ **ولو وهب عبده المديون لرب الدين**
وقبل **سقط دينه** عنه لعدم استيجاب المولى على عبده دينا
فلو رجع فيه يعيده اي ابو يوسف الدين لان زواله
كان لثبوت الملك واذا ابطل ملكه بالرجوع عاد ما زال
بسببه **وخالفه** محمد وحكم بعدم عوده في رواية لان
الساقط لا يعود **او منعه من الرجوع** في اخرى لان سقوط
الدين عن العبد كالزيادة المتصلة به فيمنع الرجوع فيه **ويجيزه**
اي ابو يوسف الرجوع **لو وهب المكاتب** شيئا ثم عجز ورد
الي الرق **كما يجوز لو عتق** لصيرورة الموهوب له من كل وجه
فكذا اذا عجز وصار ملكا لمولاه من كل وجه **وخالفه** محمد
ومنعه منه لانه لما عجز انتقل ملكه في الموهوب الي مولاه
وخروج الموهوب عن ملك الموهوب له يمنع الرجوع **ولو**

تلفت

تلفت العين **الموهوبة فاستحقت** بالبينة **وضمن** الموهوب
له **قيمتها** للمستحق **لم يرجع بها علي الواهب** لانها عقد تبرع
فلا يستحق فيه السلامة بخلاف المعاوضات وهو غير عامل
له في القبض فلا يرجع بخلاف المودع اذا اهلكت الوديعة
في يده فاستحقها مستحق وضمنه فانه يرجع علي المودع لانه عامل
له في الحفظ والغرور سبب الرجوع في ضمن عقد المعاوضات
لا في التبرعات والله تعالي اعلم

فصل

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها
في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وافردها مع العمري في فصل
فقال **تجوز العمري للمعمر** له **حال حيوته** لما في الصحيحين
عن جابر ان النبي صلي الله عليه وسلم كان يقول العمري لمن
وهبت له وفيهما عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلي الله
عليه وسلم العمري جايزة **و** علماونا والشافعي **جعلوها**
لورثته بعده وان شرط المعمر **العود** اليه **او سكت**
وقال مالك هي هبة المنفعة مدة عمر الموهوب له فلا يملك
رقبة المعمر بحال فلا يكون لورثته لما في صحيح مسلم عن
جابر قال انما العمري التي اجاز رسول الله عليه السلام
ان يقول هي لك ولعقبك فاما اذا قال هي لك ما عشت
فانها ترجع الي صاحبها قال معمر وكان الزهري يفتي به
ولنا ما فيه ايضا عن جابر قال قال رسول الله عليه السلام
امسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فانه من اعمر عمري

فانها للذي اعمرها حيًّا وميتًا ولعقبه وما في سنن ابي داود
عن عروة عن جابر ان النبي عليه السلام قال من اعمر عمري
فهي له ولعقبه يرثها من يرث من عقبه وفيها ايضًا عن
طارق المكي عن جابر قال قضي رسول الله عليه السلام
في امراة من الانصار اعطاها ابنها حديقة من نخل
فماتت فقال ابنها انما اعطيتها حيوتها وله اخوة فقال
صلي الله عليه وسلم هي لها حيوتها وموتها قال كنت
تصدقت بها عليها قال ذلك ابعد لك منها قال ابن
القطان اسناده كلهم ثقات وطارق المكي هو قاضي
مكة مولي عثمان بن عفان وهو ثقة قاله ابو زرعة ورواه
احمد في مسنده بسند كل رجاله ثقات والمعني فيه انه
ملكه في الحال والوارث يخلفه في ملكه بعد موته فشرط
الرجوع اليه بعد الموت فاسد والهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة **ويجيز** ابو يوسف **الرقبي** لما في سنن
ابي داود عن جابر قال قال رسول الله عليه السلام العمري
جايزة لاهلها والرقبي جايزة لاهلها وفيها عن زيد
ابن ثابت قال قال رسول الله عليه السلام من اعمر
شيئا فهو لمعمره محياه ومماته ولا ترقبوا فمن ارقب
شيئا فهو سبيله وفي سنن النسائي عن ابن عباس
مرفوعا من اعمر عمري فهي لمن اعمرها جايزة ومن
ارقب رقبي فهي لمن ارقبها جايزة وفيها وفي ابن ماجة
عن ابن عمر مرفوعا لا رقبي ولا عمري فمن اعمر شيئا

اوارقبه

اوارقبه فهو له حياته ومماته ولان قوله داري لك تمليك
صحيح وقوله رقبي شرط فاسد لانه شرط رد الملك اليه
بعد الموت لان معناه ملكتك داري هذه وهي محبوس
عندك فاذا مت فهي لك اوارقب موتك لتعود اليّ
فتكون بمنزلة العمري **وابطلاها** والاصل ان الشرط
في الهبة ان كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة
وان كان لا يمنع تصح الهبة ويبطل الشرط ثم تفسير العمري
ان يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهي
ردّ عليّ فتصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع اصل التمليك
وتفسير الرقبي ان يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهي من المراقبة
لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك
وتراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فهي باطلة لان
هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال وحاصل الاختلاف بينهم راجع
الي تفسير الرقبي مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف هذا
اللفظ علي انه تمليك للحال والرجوع من الواهب منتظر فيكون
كالعمري وهما قالا المراقبة في نفس التمليك علي ما فسرنا فكان
هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله وذا باطل
واذا لم تصح هبة عندهما تكون عارية لاطلاق الانتفاع له ولكن
حكم بعض شراح الهداية بصحة قول ابي يوسف لما روينا
من الاحاديث **ولا تصح صدقة في مشاع يقسم** اي يحتمل
القسمة **ولا تتم الا بالقبض** لانها تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع
يحتمل القسمة لما بينا في الهبة من ان الشيوع يمنع تمام القبض

المشروط **ولا رجوع فيها ولا في الهبة لفقير** استحسانا وفي
القياس يرجع لانه ملكه بطريق الهبة وفي اسباب الملك الفقير
والغني سوآء كالبيع وغيره وجه الاستحسان ان المقصود بها
الثواب دون العوض اذ لوكان قصده العوض لاختار الهبة
من يكون اقدر علي ادائه ولما اختار الفقير مع عجزه عن ادائه
عرفنا ان مقصوده الثواب وقد ناله **ولا في صدقة علي غني**
استحسانا وفي القياس له الرجوع وبه قال بعض اصحابنا لان
الغرض ثمة حصول العوض دون الثواب الاتري ان في حق
الفقير جعل الهبة والصدقة سوآء في ان المقصود الثواب
فكذلك في حق الغني الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود
ثم له ان يرجع في الهبة فكذلك في الصدقة ولكنا نقول في
ذكره لفظ الصدقة مايدل علي انه لم يقصد العوض ومراعاة
لفظه اولي من مراعات حال المملك ثم التصدق علي الغني
يكون قربة يستحق بها الثواب فقد يكون غنيا بملك نصاب
وله عيال كثيرة والناس يتصدقون علي مثل هذا لنيل
الثواب الاتري ان عند اشتباه الحال يتادي الواجب من
الزكوة بالتصدق عليه ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند
العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه **وهي** اي الصدقة
فيما يقسم وكذ الهبة **علي غنيين باطلة** عند ابي حنيفة وقالا
جايزة لانها تمليك واحد حصل في كل هذا الشئ منهما لا انه
تمليك البعض منه والبعض منه لانه حينيذ يكون تمليكين
لا تمليكا واحدا وقضية اضافة العقد اليهما اضافة واحدة

ان يكون

ان يكون تمليكا واحدا وهما قد قبضاه جملة فلا شيوع ولهذا
لو رهن داره من رجلين رهنا واحدا صح ولو دخل فيه الشيوع
لما صح اذ تاثيره في الرهن اكثر حتي لا يصح رهن مشاع ولا يحتمل
القسمة بخلاف الهبة وله ان الملك ثبت علي الشيوع
في النصف لهذا والنصف لهذا بالاجماع والقبض لا يتحقق
في المشاع وهذا لانه لما ثبت ان الملك حصل لهما شايعا
ثبت ان التمليك وقع شايعا اذ الملك حكم التمليك ومتي
حكمنا بثبوت الملك في النصف لهذا والنصف لهذا فقد
حكمنا بانه تمليك النصف من هذا وتمليك النصف من
ذا ولهذا لو كانت فيما لا يقسم وقبل احدهما صح ولو لم يكن هذا
تمليك النصف من كل واحد لما صح بخلاف الرهن لانه
حكمه ما ثبت علي المناصفة بل ثبت علي سبيل الكمال
في كل واحد منهما لان حكمه ملك الحبس ويتصور ان
يكون ثابتا لكل منهما علي الكمال اذ لا تضايق في الحبس
فيتصور ان تكون العين الواحدة محبوسة بحق هذا علي الكمال
وبحق هذا علي الكمال بخلاف ملك العين فانه لا يتصور
اثباته لكل واحد علي سبيل الكمال ولهذا لو قضي دين احدهما
لا يكون له ان يسترد شيئا من الرهن مالم يقض دين
الآخر **وكذا الصدقة علي فقيرين** باطلة **في رواية** اي
رواية الاصل عن ابي حنيفة وفي جامع الصغير اذا تصدق
علي محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق
بها علي غنيين او وهبها لهما لم يجز وقال ابو يوسف ومحمد

يجوز كله وحاصله انه اجاز الصدقة علي اثنين ولم يجز
الهبة لاثنين غير انه جعل الهبة مجازا عن الصدقة اذا صادفت
الفقير والصدقة مجازا عن الهبة اذا صادفت الغني لوجود المجوز
اذ كل واحد منهما تمليك بغير بدل وجه رواية الاصل ان
الصدقة باطلة في الشايع كالهبة لتوقفهما علي القبض فيستوجب
ان يستويا في هذا الحكم اذ المفسد واحد وهو الشيوع ووجه
الفرق علي رواية الجامع الصغير ان الصدقة تقع لله تعالى
ولهذا لم يكن فيها رجوع وانما تصير للفقير نيابة عن الله تعالى
بحكم الرزق الموعود والله واحد لا شريك له فلا يتمكن الشيوع
فيها فتصح كالهبة اذا وقعت لواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة
عن الموهوب له واما الهبة فانما تقع للموهوب له فيتمكن الشيوع
عند تعدد الموهوب له فتمتنع الهبة وقيل المذكور في الجامع الصغير
هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل بقوله وكذا
الصدقة اي علي الغنيين فعلي هذا التاويل لا مخالفة
بين الروايتين فلا يحتاج الي الفرق والله اعلم

كتاب الوقف

ايلاء الوقف الهبة ظاهر المناسبة اذ كل منهما عقد يرد
علي العين بلا بدل دنيوي ولهذا كان اهلهما اهل التبرع
وهو لغة الحبس والمنع وشريعة **هو حبس العين علي** حكم
ملك الواقف والتصدق بالمنفعة عند ابي حنيفة
وقالا هو حبسها علي حكم ملك الله والتصدق بالمنفعة
وهو جايز عند ابي حنيفة **علي الاصح** عنه وذكر في الاصل

كان ابوحنيفة

كان ابوحنيفة لا يجيز الوقف فاخذ بعض الناس بظاهر
هذا اللفظ وقال لا يجوز الوقف عنده قلنا مراده ان لا يجعله
لازمًا فاما اصل الجواز فثابت عنده لانه يجعل الواقف حابسا
للعين علي ملكه صارفا الي المنفعة الي الجهة التي سمّاها فتكون
بمنزلة العارية والعارية جايزة غير لازمة ولهذا قال لو اوصي
به بعد موته يكون لازمًا بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت
ويتابّدُ لتابد الموصي لهم بخلاف الوصية بخدمة عبده
لرجل بعينه فانه بموته يرجع الي ورثة الموصي لانتهائها
بموت المستحق لها **ولزومه بالقضاء** عنده لوقوعه في محل
مجتهدٍ فيه **او بالموت ان علق** الوقف **به** او اضيف اليه
فيلزم في كله ان خرج من الثلث والا فبحسابه **ويكتفي**
ابو يوسف **بمجرد القول** لصحته ولزومه كقوله ارضي هذه
صدقة موقوفة لله عز وجل من غير اشتراط تسليم لمتول
لانه ليس بتمليك وانما هو اخراج عن ملكه الي الواقف
فاشبه الاعتاق بخلاف الصدقة المنفذة فانها اخراج من
ملك الي ملك فيحتاج الي قبض العين لتملك **وشرط** محمد
معه اي مع القول **ذكر التابيد** صريحًا او دلالة كصدقة
موقوفة لله عزّ وجلّ لان موجبه زوال الملك بلا تمليك
وذلك بالتابيد كالعتق واذا لم يتابد لم يتوفر عليه
موجبه ولهذا يبطله التاقيت كما يبطل البيع **و**شرط ايضًا
التسليم الي متولٍ لانه تقرب الي الله تعالى بعين من
ماله فيتوقف جوازه علي التسليم كالصدقة بالعين قلنا

يد المخرج اليه كيده لاستفادته الملك منه فيصير كانه — الولاية
اخرجها منه اليه فلا تزيد يد الفرع علي يد الاصل في الحكم
لعدم تملكه العين بتسليمها منه بخلاف المنفذة لتملكه
اياها به والاصل في جوازه ما رواه محمد بن الحسن في الاصل
والستة في كتبهم عن نافع عن ابن عمر قال اصاب عمر رضي الله
عنه بخيبر ارضا فاتي النبي عليه السلام فقال اصبت ارضا
لم اصب مالا اقط انفس منه فكيف تامرني به فان شئت
حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر انه لا يباع
اصلها ولا يوهب ولا يورث للفقراء والقربي والرقاب
وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لا جناح علي من
وليها ان ياكل منها بالمعروف او يطعم صديقا غير متمول فيه
وفي لفظ غير متاثل مالا وقد ذكرنا في الاسعاف ما حدث به
الخصاف عن محمد بن عمر الواقدي قال قتل مخيريق علي راس
اثنين وثلاثين شهرا من مهاجر رسول الله عليه السلام
واوصي ان اصيب فاموالُهُ لرسول الله صلي الله عليه وسلم فقبضها — في الاصل عليه السلام
رسول الله صلي الله عليه وسلم وتصدق بها وهي سبعة
حوايط بالمدينة الاعراف والصافية والدلال والميثب والبرقة — وقيل الاعواف بالواو
وحسنا ومشربة ام ابراهيم سميت بها لنزول ام ابراهيم فيها
وما حدث عنه ايضا ان ابا بكر وعليا وعثمان وجمعا من اصحاب
النبي عليه السلام وازواجه حبسوا علي نحو ما حبس عمر رضي الله
عنه فكان هذا اجماعا فعليا منهم علي صحته ولزومه قال في المبسوط
وقد استبعد محمد قول ابي حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما — قول محمد في اعتراضه امام ابي حنيفة هذا تحكما

على الناس

علي الناس من غير حجة فقال ما اخذ الناس بقول ابي حنيفة
واصحابه الا بتركهم التحكم علي الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون
علي الناس بغير اثرٍ ولا قياس لم يقلدوا هذه الاشياء ولو جاز
التقليد لكان من مضي قبل ابي حنيفة مثل الحسن البصري
وابراهيم النخعي اَحْرَيَ ان يقلدوا ولم يُحْمَدْ علي ما قالَ
وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل
الوقف حتي خاض في الصكوك واستكثر اصحابه من بعده
من تفريع مسائل الوقف كالخصاف وهلال **ويجيز** ابو يوسف
وقف المشاع لان القسمة من تتمة القبض فان القبض للحيازة
وتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة ثم اصل القبض عنده ليس
بشرط في الصدقة الموقوفة فكذا ما هو من تتمة الوقف وهذا — فكذلك
لان الوقف علي مذهبه قياس العتق والشيوع لا يمنع العتق
فكذا لا يمنع الوقف الا ان العتق لا يتجزي عنده لما في التجزي
من تضاد الاحكام عنده في محل واحد وذلك لا يوجد في
الوقف فيحتمل التجزي ويتم مع الشيوع في القدر الذي
وقفه **الا** اذا وقف **مسجدا** مشاعا **او مقبرة** فانه لا يصح عنده
ايضا لان بقاء الشركة يمنع ان يكون البقعة لله خالصة ولانا
لو جوزنا ذلك وقعت الحاجة الي المهاياة فتقبر فيه الموتي
في سنة ثم تنبش في السنة الاخري وتزرع لمراعاة حق المالك
ويصلي الناس في المسجد في وقتٍ ويتخذ اصطبلا في وقتٍ آخر
بحكم المهاياة وذلك ممتنع بخلاف الوقف فان المقصود هنا
الاستغلال فيما بقي منه ملكا وفيما صار منه وقفا فجوازه مع

الشيوع لايودي الي تضاد الاحكام بل يستغل ويقسم الغلة علي
قدر الملك والوقف منه وذلك صحيح ونفاه اي محمد جوازه فيما
يقسم مطلقا ولم يخصه بالمسجد والمقبرة بل حكم بعدم جوازه
في المستغل ايضاً لان علي مذهبه اصل القبض شرط لتمام
الوقف فكذلك مايتم به القبض وتمام القبض فيما يحتمل القسمة
بالقسمة واعتبره بالصدقة المنفذة فانها لا تتم في مشاع يحتمل
القسمة كالهبة وتتم في مشاع لايحتملها ولايملك الوقف لانحباسه
ولايرهن لعدم امكان استيفاء الدين منه ولايعار لعدم جواز
تمليك منفعته مجانا ولايباع بعضه لعمارة باقية علي الاصح
لخروجه بكل اجزائه عن قابلية الملك وقيل يجوز لعود الثمن
القايم مقام ما ابيع منه اليه ولايعيد ابو يوسف المسجد ملكا
لبانيه اووارثه بخراب ماحوله والاستغناء عنه لانه
اسقاط منه فلايعود الي ملكه وخالفه محمد وحكم بعوده الي
بانيه اوالي ورثته لانه عيّنه لنوع قربةٍ وقد انقطعت وصار
كحصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف
يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الي مسجد آخر علي الصحيح
من مذهبه اويبيعهما القيم لاجل المسجد وقيل هذه المسئلة
مبنية علي ان اقامة الصلاة ليست بشرط لصيرورته مسجدا
عند ابي يوسف في الابتداء فلا يكون شرطا للبقاء وعند
محمد لما كانت شرطا في الابتداء كانت شرطا في البقاء ويزيل
ابو يوسف ملكه اي ملك الباني عما بناه مسجدا بقوله
جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط

الملك فيصير خالصا لله باسقاط العبد حقه كالاعتاق
وشرط افرازه عن ملكه وصلاة واحد فيه في رواية او
صلاة جماعة فيه باذنه في اخري اما الافراز فلانه لا
يخلص لله الا به واما الصلاة فيه فلانه لا بدّ من التسليم
عندهما ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة
فيه اولانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه
وجه الاكتفاء بصلاة الواحد ان المسجد موضع السجود وقد
حصل ذلك بالصلاة فيه منفردا كان اوبجماعة ووجه
اشتراط الجماعة وهو رواية الحسن ان تمام التبرع بحصول
المقصود به بدليل الصدقة فالمقصود بها اغناء المحتاج
ثم لايتم مالم يحصل هذا المقصود بالتسليم اليه فهنا المقصود
من المساجد اقامة الصلاة فيها بالجماعة لان جميع وجه
الارض موضع الصلاة وانما تبني المساجد لاقامة الصلاة
فيها بالجماعة فلايصير مسجدا قبل حصول هذا المقصود و
افراز الطريق للمجعول مسجدا في وسط ارضه شرطٌ لصيرورته
مسجدا عند ابي حنيفة لان المسجد مالايكون لاحد فيه
حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم
يصر مسجدا وعندهما ليس افرازه قصد الشرط لانه لما رضي
بكونه مسجدا ولايصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق
وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر واتخاذ
مسجد تحته سرداب غير موقوف عليه اوفوقه بيت
ليس بصحيح عند ابي حنيفة وهو ظاهر الرواية لان المسجد

مايكون خالصا لله تعالي قال الله تعالي وان المساجد لله اضافها
اليه تعالي مع ان جميع الاماكن له فاقتضت الاضافة خلوص
المساجد لله تعالي ومع بقاء حق العباد في اسفله اوفي اعلاه
لايتحقق الخلوص وروي عنهما صحته مطلقا يعني سوا كان
تحته سرداب اوفوقه بيت للضرورة الحاصلة من ضيق
المنازل ويجوز توسعته من الطريق عند ضيقه وسعة
الطريق ويجوز عكسه اي توسعة الطريق منه لو بعكسه
لان كلا منهما للمسلمين وتوسعته من وقفه عند الحاجة
باذن القاضي ومن ملك الغير ايضا بقيمته ولوكرها عند
الحاجة اليها بان يضيق علي الناس دفعا للضرر العام ويجبر
الخاص بالقيمة ولزوم وقف الرباط والخان والسقاية
والمقبره بالحكم عند ابي حنيفة وروي الحسن عنه انه
لايرجع في المقبرة في الموضع الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه
لان النبش قبيح وحكي عن الحاكم المعروف بمهرويه انه
قال وجدت في النوادر عن ابي حنيفة انه اجاز وقف المقبرة
والطريق كما اجاز وقف المسجد وكذا القنطرة يتخذها الرجل
للمسلمين يتطرقون فيها ولا يكون بناؤها ميراثا لورثته
ويكتفي ابو يوسف بالقول كما قد مناه وشرط محمد
استعمالها فيما وضعت له ففي الرباط والخان بالنزول
فيهما وفي السقاية والبير بالاستقاء منهما وفي المقبرة
بالدفن فيها ويكتفي بفعل واحد ودفنه بشرط الاذن
في الكل وهذا بناء علي اشتراطه التسليم ولكن تسليم كل شئ

بحسبه

بحسبه فكان حصول المقصود من هذه الاشياء تسليمها
ومحل الوقف العقار لاغير عند ابي حنيفة لانه المتابد دون
غيره واجازه في البقر والعبيد الاكرة فيه وساير
آلة الحراثة تبعا للعقار لان الوقف وان اختص بالعقار
لانه ممايتابد الا ان هذه الاشياء اتباع له في تحصيل
ماهو المقصود وهو الغلة فيجوز ان يثبت فيها تبعا له
فرب شئ لايثبت قصدا ويثبت تبعا كالشرب والطريق
يدخلان في البيع تبعا وان لم يجز بيعهما قصدا وكذا
البناء يدخل في الوقف تبعا للعرصة وزاد محمد ماتعورف
وقفه كالمصاحف والكتب والقدور والنعاس
والمنشار والجنازة وثيابها وما يحتاج اليه من الاواني
في غسل الموتي وعليه عامة المشايخ منهم شمس الائمة
السرخسي كما يجوز اتفاقا في السلاح والكراع وبه
يفتي لما في زكوة الصحيحين عن ابي هريرة قال بعث
النبي عليه السلام عمر بن الخطاب علي الصدقة فمنع
ابن جميل وخالد والعباس فقال رسول الله عليه السلام
ماينقم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه واما خالد فانكم
تظلمون خالدا فقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله
واما العباس فهو عم رسول الله فهي علي ومثلها ثم قال
اما شعرت ان عم الرجل صنو ابيه والكراع الخيل ويدخل
في حكمه الابل لان العرب تجاهد عليها وتحمل عليها
السلاح وروي انه اجتمع في خلافة عمر ثلاثمائية

والقدوم صح

فرس مكتوب علي افخاذها حبس في سبيل الله وما لا تعارف
بوقفه من المنقولات كالثياب والحيوان لا يصح وقفه
عندنا وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء
اصله ويصح بيعه يجوز وقفه لانه لما امكن الانتفاع به
صار كالكراع والسلاح ولنا ان الاصل فيه العقار لانه
مما يتابد والحق به ما يتبعه وما ورد فيه الآثار وما فيه
تعامل ويبقي الباقي علي اصل القياس وصار كالدراهم والدنانير
ويبدا من غلته بعمارته اي ان كان وقفا علي الفقراء وان
لم يشرطها الواقف نصًا لانها مشروطة اقتضاء اذ مقصوده
ادرار الغلة موبدًا علي المساكين وهذا المقصود انما يحصل
باصلاحه وعمارته فتثبت العمارة والثابت اقتضاء كالثابت
نصًا فان كان علي غني او سكني ولده عمّره من ماله لانه
المنتفعُ به والخراج بالضمان فان امتنع منها وكان الموقوف
عليه فقيرا آجره القاضي باجرة معجلة وعمّره بها ثم رده
اليه اذا وفي ما عمّره به لانه لو لم يعمره يبطل حق الواقف
وحق صاحب السكني اصلا ولو عمره يتاخر حق صاحب السكني
وتاخير حقه اولي من ابطال حقهما من كل وجهٍ ويعاد
نقضه في مرمته ان احتيج اليه ولو استغني عنه حبس
لوقت الحاجة اليه فيصرفه فيها لانه لابد من العمارة
ليبقي ابدا وان تعذرت اعادته بيع وصرف ثمنه
في عمارته صرفا للبدل الي مصرف المبدل ولا يقسم
بين مستحقي الغلة لانه قايمٌ مقام العين وحقهم

في غلته لا في عينه والله تعالي اعلم

فصل في اجارته وشرط استبداله والزيادة
والنقص والشهادة به ٥ ان شرط الواقف لاجارته مدة
لا يزاد عليها لوجوب العمل بشرطه ولو لم يرغب احدٌ
في تلك المدة واجارة اكثر منها ادر علي الوقف وانفع
للفقراء لا يجوز مخالفة شرطه ولكن يرفع الامر الي القاضي ليوجره
اكثر منها لان له ولاية النظر للفقراء والموتي والغايبين والا
اي وان لم يذكر لها مدة فالمختار ان لا يزيد في الدور
علي سنةٍ كما قاله الفقيه ابو جعفر لان المدة اذا طالت
تودي الي ابطال الوقف وقيل يجوز باي مدة كانت وعليه
متقدموا المشايخ وفي الاراضي لا يزاد علي ثلاثٍ كما هو مرويٌّ
عن ابي حفص البخاري والفقيه ابي الليث الا ان ابا الليث
لم يفصل بين الدار والارض فان آجرها اكثر من ثلاث
سنين اختلفوا فيه قال اكثر مشايخ بلخ لا يجوز وقال غيرهم
يرفع الامر الي القاضي حتي يبطلها وبه اخذ الفقيه ابو الليث
ولا يوجر الا باجر المثل فان آجره باقل منه قيل ينبغي
ان يصير المستاجر غاصبا وذكر الخصاف انه لا يصير
غاصبًا ويلزمه اجر المثل فقيل له يفتي به قال نعم (٢ع بهذا)
وعن ابي الحسن علي السعدي انه اوجب اجر مثل ارض
صبي ووقف غصب فما ظنك بالماجور باقل من
اجر مثله ولا تنقض الاجارة ان زادت الاجرة
في المدة بكثرة الرغبة من الناس في استيجارها لان المعتبر

اجر المثل يوم العقد بخلاف غلو السعر يعني لو زاد في
نفسه لا لرغبة راغب ولا لتعنت غير طالب بل لغلو السعر
عند الكل تنقض الاجارة وتعقد ثانيا فبالعقد الاول
يجب المسمي الي حين الزيادة وبالثاني اجر المثل من بعد
فان كان في الارض زرع لم يستحصد لا ينتقض الاول
بل يجب اجر المثل من حين الزيادة الي انتهاء المدة ولا
يوجره الموقوف عليه الا بولاية له عليه او نيابة من المتولي
او القاضي لان استحقاق الغلة لا يستلزم الولاية عليه لصحة
الوقف علي من لم يصلح لها وقال الفقيه ابو جعفر في كل موضع
يكون الاجر له بان لم يكن الوقف محتاجا الي عمارة ولم يكن
معه شريك فيه جاز له ايجار الدور والحوانيت وكذا الارض
لو لم يكن شرط الواقف البداءة من الغلة بالعشر او الخراج
وان كان شرطها لا ولا تنفسخ الاجارة بموته اي الموجر
متوليا كان او قاضيا لبقاء المعقود لهم وهم المستحقون
وكذا لو كان متوليا ومستحقا لانه آجر للوقف لا لنفسه ويضمن
منافعه بالغصب في المختار وكذا منافع مال الاطفال والمعد
للاستغلال وهو اختيار المتاخرين دفعا للمفسدين عن
ضرر المستضعفين ولا يضمن عند المتقدمين لما تقرر
في الاصول من وجوب المماثلة في ضمان العدوان وهي
فايتة فيما بين المال والمنفعة وما عدا ما ذكرنا فغير مضمون
عند الفريقين وابطل محمد شرط استبداله وهو قول
اهل البصرة لان هذا الشرط لا يوثر في المنع من زواله وهو يتم

بذلك

بذلك ولا ينعدم به معني التابيد في اصل الوقف فيتم
بشروطه ويبقي الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا
في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به او شرط
ان يصلي فيه قوم دون قوم فان الشرط باطل واتخاذ
المسجد صحيح فهذا امثله ويجيزه ابو يوسف استحسانا
واختاره الخصاف وهلال لان هذا شرط لا يبطل حكم
الوقف فانه مما يحتمل الانتقال من ارض الي اخري فان
الارض الوقف اذا غصبها انسان واجري عليها الماء حتي
صارت بحرا لا تصلح للزراعة وضمن قيمتها واشتري بقيمتها
ارضا اخري تصير وقفا علي شرايط الاولي وكذلك اذا قل
نزلها لآفة وصارت لا تصلح للزراعة او لا تفضل غلتها
عن مونتها يكون صلاح الوقف في استبداله بارض اخري
فيصح ان يشترط ولاية الاستبدال وان لم تكن الضرورة
داعية اليه في الحال فان شرط ارض قرية او ارضا او دارا
تعين اخذ المشروط عملا بشرطه والا اي وان لم يعين
شيئا جاز شراء شيء من جنس العقار ارضا كان او
دارا في اي بلد شاء لعدم التقييد ولو باعها بغبن فاحش
لا يصح البيع في قول ابي يوسف وهلال لان القيم كالوكيل
ولو كان محكوما بصحته وباعه بالغبن الفاحش جاز عند
ابي حنيفة كما علم في الوكالة بالبيع وان لم يشرطه الواقف
لا يملكه الا القاضي العالم العامل اذا راه مصلحة
لئلا يتطرق الي اوقاف المسلمين جور قضاة الله في السوء كما

قضاة الله هكذا في الاصل المنقول منه ولا معنى للاضافة اليه تعالى وربما هو من سبق يد الكاتب فقضاة السوء كاف للبيان فتامل والله اعلم ١٢

هو الغالب علي قضاةِ زماننا ويجوز في حال عقده الوقف
شرط الزيادة والنقص في عدد الوظايف وفي معاليمها
لان الوقف يتبع شرط الواقف الموجود منه في صلب العقد
ثم ما شرطه يلزم ويجب العمل به ويجوز شرط تفضيل
بعض الموقوف عليهم علي بعض او تخصيصهم اي تخصيص
بعضهم بالغلة كلها في وقتٍ دون وقتٍ فلو قال ارضي
هذه صدقة او موقوفة علي بني فلانٍ علي ان أُفضّل
من شئت منهم ومات قبل تفضيل احد منهم كانت
الغلة بينهم لعدم اتصال التفضيل باحد منهم فلو قال
فضلت فلانا فجعلت له كل الغلة لم يصح لانه تخصيص
وليس بتفضيلٍ ولابدّ ان يعطي كل واحد منهم شيئا
ثم يزيد من شاء منهم بما شاء مطلقا او مدة معينة وفي
صورة التخصيص له ان يخص البعض بكلها في وقت
معين عملا بشرطه وينتهي الشرط بفعله مرة لان
فعله وقع علي فعل يراه فاذا راٰه وامضاه فقد انتهي ما راٰه ٢ شرطه
الا اذا زاد في الشرط مرة بعد اخري كلما اراد فحينيذ
يجوز له ان يفعل ما شرطه لنفسه دايما ما دام حيًّا ثم
يستقر امر الوقف علي الحالة التي هو عليها يوم موته
وليس لمن يلي عليه بعده شيء من ذلك الا اذا شرطه
له في اصل الوقف وتجوز الشهادة بالتسامع والشهرة
لاثبات اصل الوقف المتقادم في الاصح لان عدم سماع الشهادة
يودي الي استهلاك الاوقاف القديمة وقال ابو بكر البلخي

لاتسمع

لاتسمع وان كان مشهورا كما لا تسمع لاثبات شرطه
وجهته بالتسامع في الصحيح ذكره شمس الايمة السرخسي
والشيخ الاستاد ظهير الدين لان الشهرة تكون في اصله
دون شرطه وجهاته فان كان الوقف في يد القاضي وله
رسوم في ديوانه وتنازع اهله فيه يجري علي الرسوم الموجودة
منه استحسانا وان لم يكن له رسوم وتنازعوا فيه حملوا
علي التثبت فمن برهن منهم علي شيء حكم له به وفي
زمن التثبت يصير حشريا وتبقي غلته في يد القاضي
وان شهد علي اقراره بوقف نصيبه من ارض كذا
وهو ثلثها فوجد اكثر من الثلث كان جميعه اي جميع
نصيبه وقفا كالوصية لانه جعل نصيبه وقفا الا انه
ظن انه ثلثها وهذا لا يخرجه من الوقف كالوصية
بخلاف البيع فانه لا يصح الا فيما سماه لعدم صحته في المجهول وما زاد علي ما
سمي مجهول والله اعلم — فصل —
في الوقف علي نفسه وولده ونسله وعقبه ويري
ابو يوسف جعل غلته اي شرط غلة الوقف لنفسه
ايام حيوة جايزة فلو قال ارضي هذه صدقة موقوفة ٢ جايزا
لله تعالى علي ان لي غلتها ابدًا ما عشتُ ثم من بعدي
علي ولدي ونسلي وعقبي ابدًا ما تناسلوا ثم من بعدهم
علي المساكين يجوز علي قول ابي يوسف وهو قول احمد
وابن ابي ليلي وابن شبرمة والزهري وابن شريح من
اصحاب الشافعي وبه اخذ مشايخ بلخ وبه يفتي ترغيبًا

للناس في الوقف لا باطلا كما قال محمد وتبعه هلال وهو
قول الشافعي ومالك ثم قيل الخلاف بين ابي يوسف
ومحمد بناء علي الاختلاف في اشتراط القبض والافراز
فعند محمد التسليم شرط لتخرج العين عن ملكه الي الله
تعالى وينقطع اختصاصه به وشرطه الغلة لنفسه
ينافي ذلك وعند ابي يوسف ليس بشرط وقيل مسئلة
مبتداة واذا وقف علي ولده ونسله ومن بعدهم
علي المساكين يدخل فيه فرعه وان سفلوا اذ الولد
اسم للصبي ذكرا كان او انثي والنسل اسم للولد وولد الولد
ابدا اما تناسلوا ذكرا كان او انثي او وقف علي عقبه
يختص بالولد وبولد الولد من الذكور لان العقب اسم
للولد وولد الولد من الذكور ولو قال علي بنيّ يدخل
البنات في رواية عن ابي حنيفة وتكون الغلة بينهم
بالسوية لان البنات اذا ذكرن مع البنين ذكروا بلفظ
التذكير الا تري انه لو قال علي اخوتي وله اخوة واخوات
ان الغلة تكون لهم جميعا لقوله تعالى فان كان له اخوة
وانه يشمل الاناث وروي ابو يوسف انه قال في الوصية
ان الثلث للبنين دون البنات او قال علي بناتي لا يدخل
البنون لعدم شمول لفظ البنات البنين او قال علي
بنيّ وله بنات فقط او قال علي بناتي وله بنون تكون
الغلة للمساكين ولا شيء للبنات او البنين لعدم صدق
كل منهما علي مدلول الآخر فيكون وقفا منقطعا فان

حدث له ما ذكر من البنين او البنات تعود الغلة اليه
لوجود الموقوف عليه وان قال علي ولدي وولد ولدي
يقتصر الوقف عليهما ولا يستحق البطن الثالث شيئا فان
ذكر بطنا ثالثا عم نسله كما يعم في قوله علي اولادي واولاد
اولادي لان اسم الاولاد يتناول الكل بخلاف اسم
الولد وولد الولد لعدم وجود الجمع بدون ذكر البطن
الثالث ويدخل في القسمة في استحقاق الغلة من ولد
لاقل من ستة اشهر من حين طلوع الغلة لتحقق
وجوده عند طلوعها لا اي لا يدخل فيها من ولد لاكثر
منها الا اذا ولدت مبانته او ام ولده المعتقة لاقل
من سنتين لثبوت نسبه من غير حل وطئها اذا جاءت
به لستة اشهر لاحتمال ان تكون علقت به بعد طلوع
الغلة ويكون بينهم بالسوية لشمول اللفظ الكل ان
لم يرتب البطون وان رتبها يحجب الاقرب الابعد
وان قال للذكر مثل حظ الانثيين وكانوا مختلطين قسمت
غلته بينهم علي ما شرط فان كانوا ذكورا فقط او اناثا
فقط قسمت بينهم بالسوية بلا فرض انثي او ذكر بينهم
ولو كانت وصية فرض ذكر مع الاناث او انثي مع الذكور
وقسمت الوصية عليهم للذكر مثل حظ الانثيين ويرجع
سهم المفروض الي الورثة والفرق ان في الوقف اخرج
الكل عن ملكه فلو فرض معهم ذكر او انثي لكان ذلك السهم
لهم او للمساكين وفي الوصية اوصي للذكور والاناث

معهم

مالم

وهي غير صحيحة للعدوم فلا بدّ من فرضه ليعلم ما لا يصح منها
ليرجع الي ورثته ولو قال علي ولدي ونسلي ابدا وكلما
مات واحد منهم كان نصيبه لنسله يقسم بينهم الغلة
علي الموجود والميت فياخذ الاحياء سهامهم ويأخذ ولد
الميت ما اصاب اباه ايضًا لشرط الواقف انتقال سهم من
يموت منهم الي ولده بعد ما سوي بينهم فيه ابدًا ولو
قال وكل من مات منهم عن غير نسل كان نصيبه
لمن فوقه ولم يكن فوقه احد او لم يقل في سهمه
شيئا يعني سكت عنه يكون راجعا الي اصل الغلة ويقسم
عليهم علي ما شرط لهم في الاصل ولا يكون للمساكين
سهم من يموت منهم عن غير نسل ما دام نسله باقيًا
عملاً بشرطه ولو وقف علي اهل بيته او علي آله او جنسه
تكون الغلة لكل من ينسب الي آبائه الي اقصي اب له
في الاسلام وهو الذي ادرك الاسلام ثم اسلم او لم
يسلم فكل من يُناسِبُهُ الي هذا الاب من الرجال والنساء
والصبيان فهو من اهل بيته والآل والجنس واهل البيت
بمعني واحد او وقف علي قرابته او علي ارحامه او انسابه
يكون لكل من يناسبه الي اقصي اب له في الاسلام
من قبل ابويه خلا اي سوي ولده لصلبه وسوي
ابويه فانهم لا يسمون قرابة لما بينهم من الجزئية التي هي
اعلا من القرابة التي تدل علي القرب المؤذِن بالانفصال
وليس الجد والجدة وولد الولد من القرابةِ عند ابي حنيفة

وابي يوسف

وابي يوسف وعند محمد هم منها وان قيده بفقرائهم
يعتبر الفقر وقت وجود الغلة وهو المجوز لاخذ الزكوة
فلو تاخر صرفها اي الغلة سنين لعارض فافتقر الغني
واستغني الفقير شارك المفتقر منهم وقت القسمة
الفقير وقت وجود الغلة ~~وهو المجوز لاخذ الزكوة فلو تأخر~~
~~صرفها اي الغلة سنين لعارض فافتقر الغني واستغني~~
~~الفقير شارك المفتقر منهم وقت القسمة الفقير وقت~~
~~وجود الغلة~~ اما من كان فقيرا في الحالتين فظاهر واما
من كان فقيرا وقت مجيئ الغلة فلوجود الشرط فيه المقتضي
للاستحقاق عند وجود الغلة وهو الفقر وطروّ الغني او الموت
لا يبطل ما استحقه واما من افتقر بعد مجيئها قبل القسمة
فلوجود الشرط فيه والغلة قايمة لم يملكها الموقوف عليهم
حقيقة بعد اذ الصِلاتُ انما تملك حقيقة بالقبض واما
من ولد منهم لاقل من ستة اشهرٍ بعد مجيئ الغلة فانه
لا يستحق من تلك الغلة شيئا لان مستحقها هو الفقير
من قرابته والحمل لا يعد فقيرا اذ الفقر الحاجة وهو
غير محتاج الي شيئ فصار بمنزلة الغنيّ من قرابته وقت
مجيئها وقيل انه يستحق لان الفقير من لا شيئ له والحمل
لا شيئ له ولو قيده بصلحائهم اي بصلحاء فقراء قرابته
استحق غلته منهم من كان مستورا ولم يكن مهتوكا ولا
صاحب ريبة وكان مستقيم الطريقة سليم الناحية كامِنَ
الاذَي قليل الشر ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه

الرجال ولا قذافا للمحصنات ولا معروفا بالكذب فهو هذا
الصلاح عندنا ومثله اهل العفاف والخير والفضل
ومن كان امره على خلاف ما ذكرنا فليس هو من اهل الصلاح
ولا العفاف او قيده بالاقرب فالاقرب منهم او بالادنى
فالادنى منهم تصرف الغلة كلها للاقرب فالاقرب من
قرابته واحدا كان او اكثر منهم بالسوية واذا مات
الاقرب انتقل الى من يليه وهلم جرا او قيده بالاحوج
فالاحوج منهم وكان فيهم من يملك ماية درهم وفيهم
من يملك اقل منها يعطى للذي الاقل الى ان يصير معه ماية
ثم يقسم الباقي بينهم بالسوية او قيده بمن جاوره منهم
اي من قرابته او بمن سكن مصره منهم تقيد الاستحقاق
به اي بشرطه ضرورة وجوب العمل به ومن احوجه
حوادث زمانه الى ما خفي من مسائل فلينظر في كتاب
الاسعاف المخصوص باحكام الاوقاف الملخص من كتابي هلال والخصاف
والله تعالى اعلم

كتاب الوكالة

لما فرغ من الكلام على التبرع المالي شرع في الكلام على التبرع
المقالي وهي لغة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى
بمعنى الحافظ كما قال الله تعالى حسبنا الله ونعم الوكيل
ولهذا قال علماؤنا فيمن قال لآخر وكلتك بمالي انه يملك
بهذا اللفظ الحفظ فقط وقيل معنى الوكالة التفويض والتسليم
ومنه التوكيل قال الله تعالى وعلى الله توكلنا يعني فوضنا اليه
امورنا وسلمناها وشرعا تفويض خاص كما ياتي وقد عرف

جواز هذا العقد بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى
فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة وكان هذا توكيلا
واما السنة فلما في سنن ابي داود والترمذي عن حكيم بن حزام
ان رسول الله عليه السلام بعث معه بدينار يشتري له
اضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى
اضحية بدينار وجاء الى النبي عليه السلام فتصدق به النبي (بدينار صح)
عليه السلام ودعا له ان يبارك له في تجارته ولكن في اسناده
رجل مجهول وفيهما ايضا عن عروة البارقي قال اعطاه
النبي عليه السلام دينارا يشتري به اضحية او شاة فاشترى
شاتين فباع احدهما بدينار فاتاه بشاة ودينار فدعا له
في بيعه فكان لو اشترى ترابا لربح فيه ولان الحاجة ماسة
الى هذا العقد اذ قد يعجز الانسان عن التصرف في ماله
لقلة هدايته او لكثرة اشغاله او ماله فيحتاج اليها وحقيقتها
الشرعية هي تفويض الحر المكلف او الماذون له التصرف
في البيع والشراء ونحوهما الى من يعقل العقد ويعرف حكمه
انه سالب جالب والغبن اليسير من الفاحش ولو كان المفوض
اليه صبيا او عبدا محجورا عليه لان الصبي من اهل العبارة
الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف
على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل
ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما
الصبي فلقصور اهليته واما العبد فلحق المولى فيلزم الموكل
بكل ما يعقده بنفسه مستبدا به كالبيع والشراء والاجارة

والنكاح والطلاق وتوكيل مسلم ذميا بشراء خمر او خنزير
وبيعهما وتوكيل محرم حلالا ببيع صيده مكروه عندنا
اي عند ابي حنيفة وابطلاه اي التوكيل فيهما كالشافعي و
مالك وهو الاظهر لان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل
ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا الوكيل ولابي حنيفة
ان الوكيل اهل لنفس التصرف والموكل لحكم التصرف لانه
اهل لثبوت حكم التصرف الا ترى انه يملك الخمر والخنزير
ارثا بان كان الذمي فاسلم ثم مات قبل التخليل والتسييب
فورثهما الوارث ثم في التوكيل بشراء الخمر يملك الخمر
فيخللها لانه منع عن الانتفاع بعينها فله ان يتصرف فيها
على وجه يتوصل به الي الانتفاع كما لو تخمر عصيره وعليه
الثمن يدفعه الي الوكيل لانتقال الملك اليه حكما من جهته
فيلزمه البدل وان كان خنزيرا يسيبه وفي التوكيل بالبيع
يملك الثمن لانه صح بيع الوكيل ويتصدق به لتمكن الخبث
فيه وبالخصومة في الحقوق له وعليه ورضي الخصم شرط
للزوم التوكيل عندنا اي عند ابي حنيفة ونفياه كالشافعي
ومالك ثم قيل الخلاف في الصحة والصحيح انه في اللزوم
فعنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب
بخصومة الوكيل لهم ان التوكيل حصل بما هو خالص حق
الموكل فصح بلا رضي الخصم كما لو كان الموكل مريضا او مسافرا
او مخدرة او توكيلا بالقبض والايفاء وهذا لانه وكله بالجواب
او بالخصومة وكلاهما حق الموكل وله انه قصد بهذا التوكيل

الاضرار

الاضرار بخصمه فيما هو مستحق عليه فلا يملكه الا برضاه كالحوالة
بالدين وهذا لان الحضور للجواب مستحق عليه بدليل ان
القاضي يقطعه عن اشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس
يتفاوتون في الجواب فرب انكار يكون اشد دفعا للمدعي من
انكار والظاهر ان الموكل انما يطلب بالتوكيل ان يشتغل
الوكيل بالحيل لدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار به نعم
هو توكيل بما هو خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر
الغير من الوجه الذي قلنا لا يملكه الا برضاه كاحد شريكي
العبد اذا كاتبه كان للآخر الفسخ وان حصل تصرف شريكه
في ملكه لان ضرره يتصل به بخلاف المريض والمسافر لان
الجواب غير مستحق عليهما والمرض المانع من الحضور هو الذي
يمنع منه مطلقا واما المستطيع بظهر دابته او حمال فان
ازداد مرضه صح توكيله وان لم يزدد قال بعضهم هو على الخلاف
وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر
في صحة التوكيل بلا رضي خصمه طالبا كان او مطلوبا لانه لو لم
يجز للحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه وبخلاف المخدرة
وهي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم لانها
لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها وهذا
شيء استحسنه المتاخرون واما في الاصل فانه لم يفرق عنده
بين الرجل والمراة المخدرة وغيرها ولو بكرا في عدم جواز التوكيل
الا بالعذرين المذكورين واختار المتاخرون للفتوى ان القاضي
اذا علم من الخصم التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل

لايقبله منه ع

التوكيل من الموكل وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه
في التوكيل لايمكنه الا برضي خصمه وهو اختيار شمس الائمة
السرخسي **وبايفايها** اي الحقوق **واستيفائها الا في** استيفاء
حد اوقود ان غاب الموكل عن المجلس لانه عقوبة تسقط
بالشبهات وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز
ان يكون قد عفي عنه والوكيل لم يشعر به بل هو الظاهر
اذ العفو مندوب قال الله تعالي فمن تصدق به فهو كفارة
له ولهذا لو كان الموكل حاضرا يجوز للوكيل ان يستوفي لعدم
تمكن شبهة العفو منه وقد يحتاج الموكل الي ذلك لقلة
هدايته الي الاستيفاء او لعدم احتمال قلبه له بخلاف
الاستيفاء في غيبة الشهود لان رجوعهم نادر **والتوكيل**
باثباتهما اي الحد والقصاص **جايز** عند ابي حنيفة **ويخالفه**
ابو يوسف ويمنع صحة التوكيل باثبات الحد والقصاص
باقامة الشهود كما لا يصح التوكيل باثبات حد الزني وشرب
الخمر **بلا تردد** يعني روي عن محمد الجواز وعدمه والاظهر
انه مع ابي حنيفة **وقيل الخلاف في الغيبة** اي غيبة الموكل
فقط فاما في حال حضوره فهو جايز اتفاقا لان كل كلام يوجد
من الوكيل في حضرة الموكل ينتقل الي الموكل اذا لم يكن فيه
عهدة علي الوكيل لابي يوسف ان الوكيل بمنزلة البدل عن
الاصل ولا مدخل للابدال في هذا الباب وهذا لا يثبت
بالشهادة علي الشهادة وبكتاب القاضي الي القاضي وبشهادة
النساء مع الرجال ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء فاذا

لم يصح

لم يصح التوكيل لا يصح بالاثبات ايضا ولهما ان التوكيل تناول
ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف اليه الحد وهي الخصومة فيصح
كما في ساير الحقوق وهذا لان وجوب الحد مضاف الي الجناية
وظهوره مضاف الي الشهادة والخصومة شرط محض لا اثر لها
في الوجوب والظهور اذ الحكم لا يضاف الي الشرط وعلي هذا
الخلاف التوكيل بالجواب في جانب من عليه الحد والقصاص
وكلام ابي حنيفة فيه ابين لان التوكيل وقع هنالك لدفع دعوي
القصاص والحد والحدود دفعهما يثبت مع الشبهات حتي يثبت
العفو عن القصاص بالشهادة علي الشهادة **وتتعلق حقوق**
العقد بالوكيل فيما لا يحتاج الي ان يضيفه اي العقد
الي موكله كالبيع والشراء **والاجارة** والاستيجار **والصلح**
عن اقراره ان لم يكن محجورا عليه لرق او صغر لانه اصيل
فيه لان العقد بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا
عاقلا فقضيته تستدعي ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا
له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم راعينا
الاصل في حق الحقوق ولهذا يستغني عن اضافة العقد
الي الموكل ولو كان سفيرا لما استغني عن ذلك كالرسول
واذا كان اصيلا في الحقوق **فيسلم المبيع** في البيع **ويقبضه**
في الشراء **ويقبض الثمن** من المشتري ويدفعه الي البايع
ويرجع به اي بالثمن **عند الاستحقاق** اي استحقاق المبيع
ويخاصم بالعيب للرد **و**يتعلق حقوقه **بالموكل فيما يحتاج**
ان يضيفه الوكيل **اليه** اي الي الموكل ليقع حكم العقد له

كالنكاح والخلع والصلح عن انكار اوعن دم عمد وكالعتق علي مال والكتابة والهبة فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المراة بتسليمها لانه سفير محض فيها حتي لا يستغني عن اضافة العقد الي الموكل ولو اضافه الي نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من الاسقاطات اما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا لها نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك عليها ضرورة ليتمكن من الوطئ ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره حالا والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها انما يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا للغير فلا يجعل اصلا فيه وكذا اذا كانت الوكالة من الملتمس لهذه التصرفات كما لو وكله بالاستعارة والارتهان والاستيهاب فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لوجود القول والقبض منه ويدفع بانه لابد له من اضافة العقد الي موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه وكذا اذا وكل بعقد الشركة

اوالمضاربة ويبرا المشتري بدفع الثمن الي الموكل ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لوصول الحق الي مستحقه وان امتنع منه لا يجبر عليه لان حق القبض للوكيل لرجوع حقوق العقد اليه والموكل كالاجنبي عن حقوقه والله تعالي اعلم

باب الوكالة بالبيع والشراء

عقد للتوكيل بالبيع والشراء بابا علي حدة لكثرة وقوعهما ومساس الحاجة اليهما يصح التوكيل بشراء ثوب هروي اوفرس اوبغل وان لم يسم له ثمنا لان هذه جهالة النوع فكانت يسيرة ويمكن ازالتها بالنظر الي حال الموكل والاصل ان الجهالة ثلاثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء ثوب اودابة وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لعدم قدرة الوكيل علي الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع وقد بينا انها تصح معها وقال بشر بن غياث لا تصح لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا تصح الا ببيان وصف المعقود عليه قلنا مبني الوكالة علي التوسع لكونها استعانة فتتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا اذ في اشتراط بيان الوصف بعض حرج فيسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد اودار فان بين النوع اوالثمن يصح ويجعل ملحقا بها بجهالة النوع وان لم يبين الثمن اوالنوع لا يصح وتلتحق بجهالة الجنس لانها تمنع الامتثال وتصح بشراء عبد اوامة اودار ان سماه اي الثمن لانه قلت الجهالة اذ يمكن دركها بحال الموكل وان لم يبين الثمن لا يصح لانه يشمل انواعا اما

غير الدار فظاهر وكذا الدار لانها تختلف باختلاف الجيران
والبلدان والمرافق والمحال اختلافًا فاحشًا فان بين النوع كالتركي
والحبشي والهندي والمولد اوبين نوع الدار والمحلة صح وان لم
يبين الجودة والرداءة والسطة لانها مستدركة لا يصح بشراء
ثوب اودار اودابة اورقيق وان سماه اي الثمن لان الجهالة
فاحشة والثوب يتناول اجناسًا شتي من الاطلس الي الكسا
والدابة في اللغة اسم لما يدب علي وجه الارض وفي العرف
يقع علي الفرس والبغل والحمار والرقيق ينتظم الذكور
والاناث وهما من بني آدم جنسان مختلفان وجهالة الجنس
مانعة من الامتثال وبتسمية الثمن لا تزول الجهالة اذ يوجد
مما سمي من كل جنس واحد ولا يعرف مراد الآمر والامر
بما لا يقدر المامور عليه باطل الا ان يفوض الموكل
الامر الي رأيه اي راي الوكيل بان يقول له اشتر لي
بالف ثيابًا او دواب او اشياء او ما شئت او ما رايت او
ادني شيء حضرك او ما يوجد او ما ينفق لان التعميم دلالة
علي التفويض الي رايه ولا تصح بالمباح من الاشياء كالاحتطاب
والاستقاء والاصطياد والاحتشاش واستخراج الجواهر
من المعادن لما قلنا في الشركة من ان التوكيل اثبات ولاية
التصرف فيما هو ثابت للموكل لا للوكيل وهذا المعني لا يمكن
تحقيقه هنا لان الوكيل يملك الاحتطاب ونحوه بلا اذنه
فلا يصلح نايبا عنه ولا بالاستقراض لان المستقرض يلتزم
بدل القرض في ذمته ولو قال بع شيئا من مالك علي ان

يكون ثمنه لي لا يصح فكذا اذا قال التزم عشرة في ذمتك
علي ان عوضها لي فكان التوكيل به قياس التوكيل بالتكدي
فكان باطلا فما احتطبه او استقرضه يكون له الا ان
يضيفه الي موكله بان يقول اقرض فلانا كذا او يقول
ارسلني فلان اليك يستقرض منك كذا فحينيذ يثبت
الملك له لصيرورته سفيرا عنه ولا تبطل الوكالة بالشروط
الفاسدة وهي التي لا يقتضيها العقد وفيها نفع لاحد المتعاقدين
اذ ليس فيها معاوضة ليكون الشرط فضلا خاليا عن العوض
مستحقا بعقد المعاوضة ولا يصح فيها شرط الخيار
لان تاثيره في منع صفة اللزوم وهي التي لا يتعلق بها
لزوم بحال فاشتراطه فيما لا يكون مقيدًا يكون باطلا
ولان اشتراطه ليتمكن من له الخيار من التفرد بالفسخ
بدون رضي صاحبه وهذا ثابت فيها بدون اشتراطه
ولو دفع الوكيل الثمن للبايع من ماله وقبض المبيع له
حبس المبيع عنده حتي يستوفيه منه لان حقوق
العقد لما كانت راجعة الي الوكيل وقد علم الموكل ذلك
فكان راضيا بدفعه من ماله فكانه امره به فيرجع به
عليه ولانه حصلت به بينهما مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا
في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب علي الوكيل وقد
سلم المبيع للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه بالثمن
وما جعلناه به اي بحبسه اياه كالمغصوب في الحكم
كما جعله زفر والشافعي ومالك واحتجوا بان يده كيد الموكل

حكما فيسقط حق الحبس كما لو سلمه اليه فاذا حبسه
وهلك يضمنه ضمان الغصب لحبسه ما ليس له حبسه
فيجعله ابو يوسف **كالمرهون** حكما حتى لو كان فيه وفاء
بالثمن سقط والا يرجع بالفضل علي الموكل لانه مضمون بالحبس
للاستيفاء كالرهن بخلاف المبيع لانه ينفسخ بهلاك المبيع
ولا ينفسخ اصل العقد هنا بل يبقي بين الوكيل وبايعه فلا يكون
نظير المبيع **وهما جعلاه كالمبيع** اي مضمونا بالثمن قلت قيمته
او كثرت لان الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري فيسقط
كل الثمن بهلاكه **وان هلك في يده قبل حبسه لزم الآمر
ثمنه** لان الوكيل في القبض عامل للآمر فيصير بقبض الوكيل
قابضا حكما بخلاف ما اذا منعه منه لانه يصير مستردا
ولانه بالمنع يتبين انه كان في القبض عاملا لنفسه لا للآمر
ويرده بالعيب ما دام في يده بدون اذن موكله لان الرد
به من حقوق العقد وهي كلها اليه **لا بعد تسليمه الى
الآمر الا باذنه** لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم اليه ولانه
لا يتمكن من رده الا بابطال يد حقيقة فيه للآمر ولا سبيل
الي ابطال يده الا برضاه ولهذا كان الوكيل خصما لمن يدعي
في البيع حقا كالشفيع وغيره قبل تسليمه الي موكله لا بعده
ويعتبر مفارقة الوكيل في عقد **الصرف والسلم دون
مفارقة الموكل** لان المستحق قبض العاقد والعاقد هو الوكيل
فيصح قبضه وان كان ممن لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد
المحجور لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم تتوجه عليه المطالبة

ففي حكم

ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل تعلقت به حقوق العقد حتي
لو فارق الوكيل صاحبه قبل القبض يبطل العقد للافتراق لا عن
قبض ولو فارق الموكل لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف الرسولين
في الصرف والسلم لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض
وكلام الرسول ينتقل الي المرسل فصار قبض الرسول قبض غير
العاقد فلا يصح **ولو وكل** شخص **بشراء شيء بعينه فاشتراه
يكون للآمر وان عناه لنفسه** لانه بقبول الوكالة التزم ان ما
يوجب من شرائه لهذه العين فهو للموكل وهذا قد اعتمد عليه
فلو وقع لنفسه لافضي الي تغرير الآمر ولانه قصد عزل نفسه
فيما يوافق امر الموكل وعزله يكون بالخلاف لا بالوفاق فلا يعمل
قصده **الا ان يشتريه بغير النقود** فانه يثبت الملك للوكيل
في هذه الوجوه لانه خالف امر آمره فينفذ عليه اما اذا اشتري
بخلاف جنس ما سمي فظاهر وكذا اذا اشتري بغير النقود
لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل
وكيلا لانه مامور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال
غيبته **ولو وكل** بشراء شيء **بغير عينه يكون** المشتري **له**
اي للوكيل **الا ان ينويه** وقت الشراء **للآمر او يضيفه
الي ماله** اي مال الآمر فهذه المسئلة علي وجوه ان اضاف
العقد الي دراهم الآمر كان للآمر والدراهم وان لم تتعين
ولكن الظاهر ان المسلم لا يشتري لنفسه باضافة العقد الي
دراهم غيره لانه مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الي دراهم
نفسه فهو له جريا علي العادة وان اضافه الي دراهم مطلقة

فان نواه للآمر كان للآمر وان نواه لنفسه كان لنفسه وان
تكاذبا في النية يحكم النقد اجماعا وان توافقا انه لم يحضره نية
فعند ابي يوسف يحكم النقد كما اذا تكاذبا وعند محمد هو
للوكيل لان الاصل ان يكون عاملا لنفسه والتوكيل بالاسلام
في الطعام علي هذه الوجوه او وكله بشرآء عشرة ارطال لحم
بدرهم فاشتري به عشرين رطلا مما يباع منه عشرة
بدرهم فللموكل النصف عندنا بحصته من الدرهم عند
ابي حنيفة والزما الكل به اي بالدرهم كالشافعي ومالك
لما روينا ان النبي عليه السلام اعطي عروة البارقي دينارًا
ليشتري به اضحية او شاة فاشتري شاتين فباع احديهما فاتاه
بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه ولان الموكل امر الوكيل
بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال بدرهم
والوكيل لم يخالفه فيما امره وانما وقع ظنه مخالفا للواقع وليس
علي الوكيل من ذلك شيء لاسيما اذا زاد خيرا وصار كما اذا وكله
ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة ان المقصود
هو المبيع لا الثمن وقد امره بشرآء عشرة ارطال ولم يامره بشرآء
الزيادة فلم تنفذ عليه الزيادة بل تنفذ علي الوكيل بخلاف
المستشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون
له او وكل بشرآء عبدين معينين ولم يسم لهما ثمنا فاشتري
له احدهما نفذ علي الموكل لان التوكيل مطلق فيجري علي
اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما في الشرآء فوجب ان ينفذ
علي الموكل اذا اشتري بقيمته او سمي الفا وقيمتهما سوآء

فاشتري احدهما باكثر من خمسماية فهو للمامور عند ابي حنيفة
وان قلت الزيادة لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سوآء وكل
ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة
فكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمسماية ثم الشرآء بها موافقة
وباقل منها مخالفة الي خير وبالزيادة مخالفة الي شر فلا يجوز
الا ان يشتري العبد الآخر بما بقي من الالف قبل الخصومة
اي قبل ان يطالبه بهما لان غرضه تحصيل العبدين بالف
وقد حصل فان قيل الخلاف قد تحقق والشرآء لا يتوقف
فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح اقوي من العمل
بالدلالة والوكيل صرّح بتحصيل العبدين بالف وانما
عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها الصريح فاذا جاء الصريح
بطل العمل بالدلالة وقالا هو للآمر ان زاد علي الخمسماية
ما يتغابن به فيما بين التجار وقد بقي من الالف ما يشتري
به العبد الآخر لان التوكيل حصل مطلقا بلا تقييد
بالخمسماية والمطلق يحمل علي المتعارف وهو تحصيلهما
بشرط ان لا يلحق به غبنا فاحشا وذا فيما قلنا ليحصل غرض الآمر
او وكل بشرآء هذا العبد او بيعه بالف فاشتري او باع معه
عبدًا آخر بالفين وقيمتهما سوآء فهو اي العقد غير نافذ
علي الآمر عند ابي حنيفة وهما انفذاه علي الموكل بالنسبة
الي ما امر ببيعه او بشرآئه لاتيانه بالمامور به من شرآء العبد
او بيعه بالف اذا كانت قيمة العبدين سوآء فقضية الانقسام
نصفين فلم يكن مخالفا فينفذ عليه ولابي حنيفة ان القيمة

انما تعرف بالظن لا بالقطع والغالب تفاوت القيم في الاعيان
فجاز ان يكون قيمة احدهما اكثر من قيمة الآخر في نفس الامر
جوازاً يعضده الظاهر فلم يكن الوكيل موافقا بيقين فلا ينفذ
العقد علي الموكل لوقوع الشك في الاتيان بالمامور به وقد وجد
نفاذا علي الوكيل فينفذ عليه او لشراء عبد غير معين بدين
له اي للموكل عليه اي علي الوكيل فاشتري عبدا فهو للمامور عند
ابي حنيفة حتي لو مات عند المامور يموت من ماله فاذا قبضه
الآمر يكون له لحصول البيع بالتعاطي وقالا هو للآمر كالمعين
وعلي هذا الخلاف اذا امره ان يسلم ما لَهُ عليه او يصرفه واصله
ان التوكيل بالشرآء اذا اضيف الي دين علي الوكيل لا يصح عنده
اذا لم يكن البايع او المبيع متعينا ويصح عندهما وان لم يكن البايع
او المبيع متعينا لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات
عينا كانت او دينا ولهذا لو اشتري شيئا بدراهم علي المشتري
ثم تصادقا ان الدين لم يكن لم يبطل الشرآء ويجب مثل الدين
واذا لم يتعين صار التقييد به والاطلاق سوآء ولابي حنيفة
انها تتعين في الوكالات الا تري انه لو قيّد الوكالة بالعين منها
او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين تبطل
الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه
من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما لو اشتري بدين
علي غير البايع او يكون آمرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض
قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت
بخلاف ما لو عين البايع لانه ينتصب وكيلا عن الآمر بقبض الدين

لانه

لانه معلوم فيصير البايع قابضا لرب الدين اولا ثم لنفسه او عين
المبيع لان في تعيينه تعين البايع ومتي ابهم المبيع او البايع
يكون البايع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا او بشرآء عبد بالف
فجاءه بعبد وقال اخذته لك بها اي بالف وطالبه بها فقال
الآمر بل اخذته لنفسك فالقول للآمر عند ابي حنيفة
وقالا للمامور كما في المعين وكما لو اعطاه الالف ولانه امين
والقول للامين مع اليمين وله ان الوكيل يدعي لزوم العقد
علي الآمر ووجوب الثمن عليه وهو ينكر والقول قول المنكر
بخلاف ما لو دفع الالف لانه حينئذ يصير مدعيا ضمان الالف
وهو ينكر فيكون القول قوله وان قال الموكل بل اشتريته
بنصفها صدق المامور ان كانت الالف مدفوعة
اليه وهو اي العبد يساويها لانه امين ادعي الخروج عن
عهدة الامانة والآمر يدعي لنفسه حق الرجوع عليه
بخمسماية وهو ينكر والقول للمنكر وان لم تكن مدفوعة
اليه تحالفا ان كان يساويها لانهما قد اختلفا في مقدار
ما يجب للوكيل علي الموكل وهما في معني البايع والمشتري وقد
اختلفا في مقدار الثمن فيجب التحالف ثم يفسخ العقد الذي
جري بينهما ويلزم العبد المامور لانتقاض ملك الآمر
او بشرآء هذا ولم يسم له ثمنا فاشتراه ثم اختلفا فيه اي في
مقدار ثمنه تحالفا وان صدق البايع المامور في الاظهر
فان قيل لم قلت انهما يتحالفان وقد نص محمد في الجامع الصغير
ان القول للمامور مع يمينه قلنا ذلك يحتمل ما ذكرنا لان المامور

بمنزلة البايع ويمين البايع هي المخصوصة بالتحالف وكان ذلك
عبارة عن التحالف وهو اختيار الشيخ ابي منصور وقيل لا تحالف
وهو اختيار الفقيه ابي جعفر وانما فارقت ماسبق حيث اوجب
التحالف ثمة ورد العبد علي المامور وما اوجبه هنا وجعله
للآمر لان البايع هنا حاضر يصدق المامور فصار تصادقهما
كانشاء البيع فبطل الاختلاف وثمة غايب فاعتبر الاختلاف
قلنا تصديق البايع لغو ان استوفي الثمن لانه صار اجنبيا بعد
استيفائه وان لم يستوفه فكذلك في حق الموكل لانه لم يجر
بينهما عقد فلا يعتبر تصديقه فكان الاول هو الصحيح **او بشراء**
نفس الامر من سيده بالف ودفعها اليه فان قال المامور
لسيده اشتريته لنفسه فباعه علي هذا الشرط **عتق عليه**
اي علي سيده وكان ولاوه له لان بيع نفس العبد منه اعتاق
وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير
عنه اذ لا ترجع اليه الحقوق فصار كان العبد هو الذي اشتري
نفسه منه وهل يجب علي العبد الف اخري قال قاضي خان
في الجامع الصغير لم يذكره في الكتاب وينبغي ان تجب
لان الاولي مال المولي فلا يصلح بدلا عن ملكه **وان قال**
اشتريته ولم يبين ذلك لسيده **يكون العبد للمشتري**
ويلزمه ثمنه لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل
بها اذا لم يبين فيحافظ عليها **ويلزمه رد الالف لسيده**
لانها كسب عبده وعليه الف مثلها ثمنا للعبد فانه
في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف ما لو امره غير العبد

ان يشتريه

ان يشتريه له فانه يصير للآمر سواء علم البايع انه اشتراه
لغيره او لم يعلمه وهنا ما لم يعلمه انه يشتري العبد للعبد
لا يصير مشتريا للعبد لان العقدين ثمة علي نمط واحد
لانه في الحالين شراء وفي الحالين المطالبة علي المامور
فلا يحتاج الي البيان وهنا احدهما اعتاق معقب للولاء
ولا مطالبة فيه علي الوكيل لانه سفير فلا ترجع الحقوق
اليه ور بما رضي السيد باحدهما دون الاخر فلم يستغن
عن البيان **او بشراء نفسه له** اي لآمره **من سيده فان**
قال العبد **بعني نفسي لفلان كان** الشراء **له** اي للآمر واصله
ان العبد يصلح وكيلا عن غيره بشراء نفسه من مولاه لان
جواز الشراء باعتبار المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حكم
المالية وهي محل التمليك فيصح التوكيل **وان لم يقل لفلان**
عتق لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك
فيبقي التصرف لنفسه اذ الاصل في التصرف ان يقع لمن باشره
ولو قال بعني هذا لفلان فباعه اياه **ثم انكر توكيله اخذه**
فلان اذا حضر وقال انا امرته لان قوله بعني لفلان اقرار
منه بالوكالة فاذا انكرها بعده صار مناقضا والمناقض لا قول له
فيكون للموكل **وان صدقه** علي عدم التوكيل **لا** ياخذه منه
لان اقرار المشتري ارتد برد المقر له **الا ان يسلمه اليه** برضاه
او ياخذه منه فانه يصير حينئذ بيعا بالتعاطي وتبقي العهدة
علي المشتري لما قلنا **وتوكيله بشراء امة** ذكر جنسها ومبلغ
ثمنها **يشمل العمياء** والشلاء ومقطوعة اليدين او الرجلين

عند ابي حنيفة **كالعورا** ومقطوعة احدي اليدين او احدي
الرجلين بلا غبن فاحش لان الامر مطلق فيتناول الماهية
وهذه امة فينفذ الشراء عليه **وخصاه** اي التوكيل **بما يصلح
للخدمة** لان المتعارف شراء امة للخدمة والمطلق ينصرف الي
المتعارف فلا يتناول الامر مثل هذه والله تعالي اعلم

فصل في الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا فصل الوكالة بها عما قبلها فقال
وجعلنا الوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض اي قبض ما ثبت
بها لان تمام الخصومة وانتهائها بالقبض والمالك للشئ مالك
لاتمامه **ويمنعه** ابو يوسف منه **في رواية** كزفر **وبه يفتي**
لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن علي الخصومة من لا يؤتمن
علي القبض **وللوكيل بقبض الدين الخصومة** والدعوي عند
ابي حنيفة حتي لو اقيمت عليه البينة علي استيفاء الموكل او ابرائه
يقبل عنده **والمنع رواية** عنه **وبها قالا كالوكيل بقبض
العين** فانه يكون وكيلا بالخصومة اتفاقا حتي ان من وكل وكيلا
بقبض عبد له وغاب فاقام ذو اليد بنية انه اشتراه منه وكله
بقبضه لم تقبل بينته في اثبات الشراء وتسمع لدفع الخصومة
فيتوقف حتي يحضر الموكل والاصل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء
عين حقه لم يكن وكيلا في الخصومة لان التوكيل وقع بالقبض
لا غير واذا وقع بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التمليك
انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فكان خصما فيها
فاذا ثبت هذا فقال ابو يوسف ومحمد وهو رواية الحسن عنه

الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا
لو قبض احد الشريكين شيئا من الدين كان للآخر ان يشاركه
فيه ومعني التمليك ساقط حكما حتي كان له ان ياخذه بلا قضاء
ولا رضي كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في
الوكيل بقبض العين وقال ابو حنيفة الوكيل بقبض الدين
وكيل بالتملك لان الديون تقتضي بامثالها لا باعيانها
وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه
الا ان الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما
كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة
والوكيل باخذ الدار بالشفعة ومسئلتنا اشبه بمسئلة
الاخذ بالشفعة فانه خصم قبل القبض عنده كالوكيل
بطلب الشفعة فانه خصم قبل الاخذ بها واما الوكيل بالشراء
فانما يصير خصما بعد مباشرة الشراء واما الوكيل بقبض العين
فانه ليس بوكيل بالمبادلة فصار امينا محضا ورسولا فلم تتعلق
الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه
اصلا قياسا حتي لا يجب التوقف لانها قامت علي غير خصم
وفي الاستحسان يتوقف حتي يحضر الموكل فاذا حضر امر باعادة
البينة علي ما ادعي لانها قامت علي شيئين علي البيع وعلي
قصر يد الوكيل ففي حق زوال ملك الموكل ان قامت علي غير خصم
ففي حق قصر يد الوكيل قامت علي خصم فتسمع في حق قصر اليد
ولا تسمع في حق ازالة ملك الموكل كما لو اقام البينة علي ان
الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في قصر يده **ولو ادعي انه**

وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم عليهما امر
بدفعه اليه لانه اقرارٌ علي نفسه لان مايدفعه خالص ملكه
اذ الديون تقضي بامثالها فان حضرَ الغايب فلم يصدقه
عليها دفعه اي الدين اليه ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء
حيث انكر التوكيل والقول في ذلك قوله مع يمينه فلم يصر قبضه
قبض رب الدين فبقي في ذمة المديون كما كان ويرجع به اي
بما دفعه علي الوكيل لو باقيا لانه ملكه وانقطع حق رب الدين
عنه حيث قبض الدين بنفسه وان هلك لا يرجع عليه لانه
بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلومٌ في هذا الاخذ
والمظلوم لا يظلم غيره الا اذا ضمنه اياه عند الدفع اليه بان
يقول الغريمُ له نعم انت وكيل ولكن لا آمن ان يحضر الطالب
ويجحد وكالتك وياخذه مني ثانيا ويصير ذلك دينا عليه
باتفاق بيني وبينك فهل انت كفيل عنه بما ياخذه مني فان
قِبَلَ صَحَّ وصار كفيلا فاذا احضر الطالب وجحدها واخذ دينه
منه حلت الكفالة فيرجع عليه بحكم الكفالة لان من زعمهما
ان الطالبَ ضامنٌ لما يقبضه فكان هذا اضافة الضمان الي
زمان القبض فيصح لانه اضاف الي سبب الوجوب وهو القبض
اولم يصدقه علي الوكالة ولم يكذبه ودفعه اليه بناء علي
ادعائه اياها فان رجع صاحب المال علي الغريم رجع هو علي
الوكيل لانه لم يصدق فيها وانما دفع اليه علي رجاء الاجازة
فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبًا له
فيها وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد

مادفعه حتي يحضر الغايب لان المدفوع صار حقا للغايب
اما ظاهرا او محتملا وصار كما لو دفعه الي فضولي علي رجاء
الاجازة فانه لا يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان
من باشر تصرفا لغرض ليس له ان ينقضه مالم يقع الياس
عن غرضه ولو اقر بالدين وانكر الوكالة يحلفه ابو يوسف
علي نفي العلم كما هو الظاهر عن ابي حنيفة لانه قد ينكل
فيكون في تحليفه فائدة وعنه انه لا يحلفه لان حق التحليف
بناء علي انه خصمٌ ولم يثبت بلا حجة ولو اقر بها وادعي
ان رب الدين قبضه دفعه اليه اي الي الوكيل لان الوكالة
قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق
واتبع هو رب المال وحلفه رعاية لجانبه وحكم ابو يوسف
بتاخير القضاء اي قضاء الدين حتي يحضر الموكل ويحلف
في رواية نظرا للمديونين وما حلفنا الوكيل بالله ما يعلم
ان الطالب قد استوفي دينه وقال زفر احلفه علي العلم
فان نكل خرج عن الوكالة والطالب علي حجته لان الوكيل
لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه قلنا
ان الغريم يدعي حقا علي الموكل لا علي الوكيل فتحليفه يكون
نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف
علي العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق
الاصالة دون النيابة ولو ادعي الوكالة بقبض الوديعة
او شرائها لم يومر بدفعها اليه وان صدقه عليها لانه
اقر له بقبض مال الغير فلا يصح او ادعي ان المودع مات

للمديون

وتركها ميراثا له وحده دفع ان صدقه على ذلك لانها لم تبق
ماله بعد موته وقد اتفقا على انها مال الوارث فيومر بدفعها
اليه **او برهن انه وكيل بالقبض فبرهن ذو اليد ان الموكل**
باعه العين التي برهن على قبضها **او برهنت المراة او الامة**
او العبد على الوكيل بنقلهم **على الطلاق والعتاق**[2] **وقف** والاعتاق[2]
والاعتاق[3] **الامر** في البيع والطلاق والعتاق[3] **حتى يحضر الموكل** لما
قررنا ان البينة قامت على شيئين على البيع وعلى قصر يد
الوكيل فبالنسبة الى زوال ملك الموكل قامت على غير خصم
فلا تقبل وبالنسبة الى الوكيل قامت على خصم فتسمع في
حق قصر يده **وكذا الحكم لو وكل برد معيب فادعى** على
الوكيل **رضى المشتري به** اي بالعيب فان القاضي لا يقضي
بالرد حتى يحضر المشتري فيحلف عند ابي حنيفة بخلاف
مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد
ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وهنا غير ممكن
لان القضاء[3] ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عنده كما هو بالفسخ م[3]
مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد
ورده محمد في الحال من غير توقف على حضور الموكل وحلفه
بلا تردد يعني روي عن ابي يوسف التوقف كقول ابي حنيفة
لان من مذهبه ان القاضي لا يرد المبيع على البائع اذا كان
حاضرا واراد الرد ما لم يستحلفه بالله ما رضيت بهذا العيب
فان لم يدع البائع فان كان ذلك غايبا لا يرد عليه ايضا حتى
يستحلف صيانة للقضاء عن البطلان ونظرا للبائع وروي

عنه عدمه كقول محمد فيرد المبيع[2] ولا يؤخر الى تحليف المشتري المعيب[2]
لان عدم التاخير الى تحليف رب الدين انما كان لامكان
التدارك عند ظهور الخطاء وذلك موجود في صورة رد
المعيب لان قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا
فاذا ظهر خطا القاضي عند نكول المشتري رد المبيع على
المشتري **واقراره** اي الوكيل **على موكله** الذي موكله
في الخصومة **في مجلس الحكم نافذ** عليه **عندنا وما الغيناه**
مطلقا والغاه زفر كالشافعي ومالك في مجلس الحكم وغيره
وهو القياس **ويرجع** ابو يوسف **عن الغائه** اي عن الغاء
اقراره **الى اعتباره** ونفوذه عليه **مطلقا** يعني في مجلس القاضي
وغيره ولا فرق بين ان يكون الوكيل بالخصومة من المدعي
فيقر بالقبض او الابراء او من المدعى عليه فيقر عليه بالحق لهم انه
وكله بالخصومة وهي اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة
والاقرار اسم لكلام يجري على سبيل المسالمة والمرافقة فكان
ضد ما امر به والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك
الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والابراء والصلح ولابي يوسف
على قوله الآخر ان الموكل اقام الوكيل مقام نفسه مطلقا فيقتضي
ان يملك ما كان الموكل مالكا له وهو مالك الاقرار بنفسه
في مجلس القضاء وغيره فكذا الوكيل وهذا لانه انما يختص
بمجلس القضاء ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه
كالبينة واليمين فاما الاقرار فموجب للحق بنفسه سواء
حصل من الوكيل او من الموكل في مجلس القضاء فيه وفي غيره

سواء وابو حنيفة ومحمد قالا حقيقة الخصومة ما قاله زفر
ولكنا تركنا هذه الحقيقة وجعلناها توكيلا بالجواب مجازا
والاقرار جواب تام كالانكار وانما حملناه علي هذا المجاز
لان توكيله انما يصح شرعا بما يملكه بنفسه والذي يتيقن
به انه مملوك له الجواب لا الانكار فانه اذا عرف المدعي
محقا لا يملك الانكار شرعا والديانة تمنعه من قصد ذلك
فلهذا حملناه علي هذا النوع من المجاز غير انه انما يسمي
الجواب خصومة مجازا اذا حصل في المجلس القاضي لانه
لما ترتب علي خصومة الآخر اياه سمي باسمه قال الله
تعالي وجزاء سيئةٍ سيئة مثلها والمجازاة لا تكون سيئة
حقيقة ولان مجلس الحكم مجلس الخصومة فما يجري فيه
يسمي خصومة مجازا وهذا لا يوجد في غير مجلس القضاء
ولانه انما استعان بالوكيل فيما يعجز عن مباشرته بنفسه
وذلك فيما يستحق عليه الجواب في مجلس الحكم لا في غيره **ولو
وكل واستثني الاقرار والصلح وتعديل الشهود** منه صح
التوكيل والاستثناء في ظاهر الرواية لان صحة اقرار الوكيل
باعتبار ترك حقيقة اللفظ الي المجاز حملا علي ما هو الاولي
بالمسلم اذ الخصومة منازعة وهي حرام والتوكيل بالحرام
حرام فحملناه علي المجاز بظاهر حاله وبهذا الاستثناء
تبين ان مراده الخصومة لا الجواب الذي هو مجاز لان التنصيص
زيادة دلالة علي انه مالك للانكار فلا عبرة لدلالة الحال
عند التصريح بخلافه وعن محمد انه اذا وكل الطالب واستثني الاقرار

جاز ولم يجز من المطلوب لان الطالب لا يجبر علي الخصومة
فله ان يوكل بشئ دون شئ والمطلوب يجبر عليها فلا يملك
التوكيل بما فيه اضرار المطالب **وقيل يلغي** ابو يوسف
الوكالة لعدم قيامه مقام موكله من كل وجه فيبطل **او
يلغي الاستثناء** وتبقي الوكالة لان من اصله ان الاقرار
باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا
بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع علي
ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع فان هذا الاستثناء باطل فكذا هنا والله تعالي اعلم

بلغ

فصل في تصرف الوكيل وعزله

اخر هذا الفصل عما قبله لان تصرف الوكيل وعزله يستدعي
سبق الوكالة لا محالة **الوكيل بالبيع والشراء والتزويج لا يعقد
للموكل مع من ترد شهادته له عندنا** اي عند ابي حنيفة
كمأذونه اي كما لا يعقد له مع مأذونه **ومكاتبه** لان
مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ويتهم بالعقد مع هولاء
لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد
منهم كمال صاحبه من كل وجهٍ ولهذا لم تقبل الشهادة فيما
بينهم والبيع اخراج وادخال من الجانبين وفي البيع من هولاء
اخراج الي نفسه من وجهٍ فلا يجوز **واجازاه بمثل القيمة**
كالشافعي ومالك لانه ليس للوكيل فيما يعقد مع هولاء ملك
ولا حق ملك لتباين الاملاك وانقطاع المنافع فعقده معهم
كعقده مع الاجنبي بخلاف العبد والمكاتب لان كسب العبد
لمولاه وله حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة

بالعجز فتتمكن التهمة بالعقد معهما فلا يملك ذلك كما لا يملكه
مع نفسه وبيعه واجارته وصلحه عن دم عمدٍ وتزويجه
موكله بما قلّ من ثمن واجرة وبدل دم وبيعه بعروض وتزويجه
بغير كفوء له جايز عندنا اي عند ابي حنيفة وقيداه كالشافعي
ومالك بالغبن اليسير كالشراء وبالنقد وبالكفوء لان
مطلق الوكالة تتقيد بالمعتاد لان شرعية التصرفات لدفع
الحاجات فيتقيد بمواقع الحاجة والبيع بغبن فاحش وبالعرض
والتزويج بغير كفوء ليس بمعتاد فلا ينصرف التوكيل اليه
ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الاضحية والفحم والجمد بايام
النحر والشتاء والصيف ولان البيع بغبن فاحش بيع من
وجهٍ هبة من وجهٍ حتي لو حصل من المريض يعتبر من الثلث
ولا يملكه الاب والوصي وهو وكيل بالبيع دون الهبة والبيع
بالعرض بيع من وجهٍ شراء من وجهٍ وهو وكيل بالبيع المطلق
فلا يدخل تحت الامر ولابي حنيفة انه مامور ببيع مطلق
وقد اتي به خاليا عن التهمة فيصح وهذا لان البيع مبادلة المال
بالمال وذا موجود في البيع بالعرض كما وجد في البيع بالنقد
وتضمنه الشراء لا يخرجه من ان يكون بيعا مطلقا والبيع
بغبن فاحش بيع من كل وجه فما من جزء من البيع الا ويقابله
جزء من الثمن ولهذا يستحق الكل بالشفعة ولا شفعة
في الهبة وانما لا يملكه الاب والوصي مع انه بيع لفقدان
النظر وولايتهما مقيدة بشرط النظر والمسايل مروية عن ابي يوسف
فاما عند ابي حنيفة فيعتبر الاطلاق في جميع ذلك ولانه مطلق

في حق الوقت لا عامٌ فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف
مرادًا فلم يبق غيره مرادًا فاما هذا فعامٌ واستيجاره واجارته
ايضا الموكله بكيلي كقفيز برٍّ او وزني كمن سمن غير معين
جايزٌ عند ابي حنيفة لان التوكيل مطلق فيجري علي اطلاقه
في غير موضع التهمة وخصه بالاثمان تقييد اللاطلاق بالعرف
او ببعض الخارج من الارض لصيرورته مزارعة حينئذ وهي
جايزة عندهما وتاجيله اي تاجيل الوكيل ثمن عرض التجارة
جايز عند ابي حنيفة وان طال الاجل عملا بالاطلاق كما
هو اصله وقيداه اي الاطلاق بالمتعارف كما هو اصلهما
ولو وكله ببيع عبد له فباع نصفه فهو جايز عندنا اي عند
ابي حنيفة لان الامر بالبيع مطلق عن قيدي الاجتماع والافتراق
فيصح وقيداه اي الجواز كالشافعي ومالك ببيع باقيه قبل
الخصومة اي خصومة موكله اياه في نصف الباقي لان ذلك
غير متعارف لاشتماله علي ضرر الشركة لكن اذا باع الباقي
قبل الاختصام تبين ان بيع النصف الاول كان وسيلة الي تحصيل
غرض الموكل فانه قد لا يجد من يشتريه جملة فيفتقر الي التفريق
واما اذا خاصم في النصف الاول علم انه لم يكن وسيلة فلم
يجز او وكله بشرائه اي بشراء عبد فاشتري نصفه
ثم بقيته قبل الخصومة اي قبل مطالبة الموكل به جعلناه
للآمر لان الشراء البعض قد يكون وسيلة الي تحصيل غرض
الآمر اذ قد يكون موروثا بين جماعة فيفتقر الي التفريق
فاذا تكمل شراؤه قبل رد الموكل البيع تبين انه وسيلة

فينفذ عليه **لا للمأمور مطلقا** كما قال زفر واحتج بان البيع
اذا وجد نفاذا لا يتوقف عنده واذا نفذ عليه صار معيبًا
بعيب الشركة واذا اثبت ان هذا النصف له كان النصف
الثاني له ايضًا لان الآمر ما وكله الا بشراء الكل **او وكل
ببيعه في السوق او بالف فباعه في البيت او بالفين
اجزناه** لان هذا التقييد غير مفيد فيلغو فيبقي الامر
مطلق البيع وقد وجد فينفذ والغاه زفر لانه مخالف
حقيقة وعلي هذا الخلاف لو قال بعه في هذا السوق فباعه
في سوق آخر واما لو قال لا تبعه الا في السوق او الا في هذا
السوق فانه لا يجوز بيعه في البيت ولا في سوق آخر اتفاقا
لحصره البيع فيه وفي الزيادات لو كان الخلاف في الجنس
كما اذا وكله بان يبيعه بالف درهم فباعه بالف دينار لا ينفذ
وان كان خيرا للمخالفة الحقيقية **ولا ينفرد احد الوكيلين
بالتصرف** اذا وكلا معًا لان الموكل رضي برايهما فاذا انفرد
احدهما فات غرضه اذ لا ينال براي احدهما ما ينال برايهما
والبدل وان كان مقدرا ولكن تقديره يمنع النقصان
دون الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما للذكاء
احدهما وهدايته او يختار الاخر مشتريا لا يماطل في اداء
الثمن **الا ان يوكلهما في طلاق واعتاق بلا مال ورد
وديعة وقضاء دين** عليه لانها لا تحتاج الي الراي وفي
التعيين المحض عبارة الواحد كعبارة العدد بخلاف ما
لو قال طلقاها ان شيئما او قال امرها بيدكما لانه فوض

ذلك

ذلك الى رايهما اذ هو تمليك مقتصر علي المجلس على انه علق
الطلاق بفعلهما فصار كما لو علقه بدخولهما **واجزنا
الانفراد** اي انفراد احدهما **بالخصومة** ولم يجزه زفر
للاحتياج فيها الي الراي وراي الواحد ليس كراي الاثنين
ورضاه برايهما ليس رضي براي احدهما كما في البيع والشراء
ولنا ان المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة
لمجلس القضاء عن الشغب وتحريًا للصواب اذ الانسان
يبتلي بالغلط عند كثرة اللفظ وفي الاجتماع اخلال بالاسماع
ولما وكلهما مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة
احدهما بالتكلم ولا يشترط حضرة صاحبه في خصومته عند
الجمهور وقيل يشترط ولا ينفرد بالقبض لامكان اجتماعهما
عليه **ولا يوكل** احدا فيما وكل به لان الموكل رضي براي
الوكيل الاول والناس متفاوتون في الراي فلا يكون رضاه
برايه رضي براي غيره فكان في توكيل الغير مباشرا غير ما
امر به الموكل فلا يصح **الا باذن** منه لحصول رضاه **او باعمل
برايك** لانه قد فوض الي رايه التصرف مطلقا واجاز ما صنع
وتوكيل الثاني من صنعه فيدخل تحت الاجازة واذا جاز
في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل الاول حتي لا يملك
الوكيل الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول
فان وكل بدونه وعقد الثاني بحضرة الاول اجزناه استحسانا
ولم يجزه زفر لان التوكيل للثاني لم يصح فلم يصح التصرف الصادر عنه
ولان حقوق العقد تتعلق بالعاقد والموكل انما رضي بان تعلق الحقوق

بالوكيل الاول دون الثاني فلو جاز بيع الثاني بمحضر من الاول
لتعلق حقوق العقد به دون الاول ولنا ان مقصود الموكل
ان يكون تمام العقد براي الوكيل الاول واذا كان حاضرا
فاتمام العقد برايه فكان مقصوده حاصلا علي انه اذا كان
حاضرا كانه باشر العقد بنفسه كما لو زوج بنته البالغة بشهادة
رجل بحضرتها وصار كما لو اجاز الوكيل الاول ما عقده
الثاني في غيبته لان اجازته للعقد امضاء للعقد برائه
فكانه عقده بنفسه والمسئلة بناء علي جواز توقف العقد
علي الاجازة والحقوق ترجع الي الاول ذكره البقالي في الفتاوي
وفي حيل الاصل والعيون ترجع الي الثاني وهو الصحيح كما ع٢ظ والحقوق
لو باعه اجنبي فاجازه الوكيل فانه يجوز وتتعلق الحقوق
بالمباشر ولو رد عليه المبيع بعيب يحدث مثله ببينة
علي العيب او نكول من الوكيل عن اليمين رده علي الموكل
لان البينة حجة في حق الناس كافة فيثبت بها قيام العيب
ع٣ الي عند الموكل فيتعدي الرد اليه ولان الوكيل مضطر في النكول
لانه لم يباشر له احوال المبيع فلم يعرف عيب ملك الغير
والموكل هو الذي اوقعه فكان الرد عليه ردا علي موكله
وباقراره لا يعني لو اقر الوكيل بعيب يحدث مثله لا يرده
علي الموكل لانه حجة قاصرة فتظهر في حق المقر دون غيره
وهو غير مضطر اليه لانه يمكنه السكوت والنكول ولكن له
ان يخاصم الموكل ويلزمه ببينته او بنكوله وان كان الرد عليه
باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له ان يخاصم موكله

لانه

لانه فسخ بالتراضي فكان له حكم عقد جديد في حق غيرهما او رد
عليه بما لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة باقرار بغير قضاء
يلزم المبيع الوكيل وليس له ان يخاصم الموكل في عامة الروايات
لان الرد يثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد ولزومه الموكل
بلا خصومة رواية اي رواية بيوع الاصل لانهما فعلا
بانفسهما عين ما يفعله القاضي لو ترافعا اليه لان الرد حق
متعين في هذا العيب فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم
القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة
قلنا لا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي وكيف يكون ذلك
مع التفاوت في الولاية وحكم الاصل المطالبة بوصف السلامة
ع٢ نقلاه الي الرد وانما يصار الي الرد لضرورة العجز فاذا فعلاه اي الرد لم يصح في حق
غيرهما ولهذا لو امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفي تلك
المسائل الحق متعين لا يحتمل غيره ولو اخذ الوكيل بالبيع
رهنا بالثمن فضاع عنده او اخذ عليه كفيلا فتوي
المال عليه اي علي الكفيل بان يرفع الامر الي قاض يري
براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم
ببراءة الاصيل فيتوي المال علي الكفيل بموته مفلسا لم يضمن
الوكيل لان حق الاستيفاء اليه والرهن والكفالة يوكدان
الاستيفاء فيملكهما فاذا ضاع الرهن في يده فقد صار استيفاء
وذا مملوك له الا تري انه لو استوفي الثمن حقيقة ثم هلك
في يده كان الهلاك علي الموكل بخلاف الوكيل بقبض الدين
اذا اخذ رهنا او كفيلا فان التوي لا يكون علي رب الدين

لان المامور بقبض الدين يتصرف بحكم الآمر ولهذا يملك
الموكل منعه من قبض الدين والامر حصل بقبض الدين واخذ
الرهن والكفيل ليس من قبض الدين في شيء فلا يكون الهلاك
علي الموكل والوكيل بالبيع لا يتصرف بحكم الآمر بل بحكم
الاصالة لانه بالبيع اصيل في حق الحقوق ولهذا لا يملك
الموكل حجره عن قبض الثمن فكان له ولاية الارتهان واخذ
الكفيل **وتبطل** الوكالة **بعزله ان لم يتعلق بها حق الغير**
اعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا ٢ اذا
لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف علي حضور
غيره وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب
او من يقوم مقامه فكذلك وان ٣ لم يصح في غيبته لان بالتوكيل ٣ كان
يثبت ٤ له حق احضاره الي مجلس الحكم واثبات الحق عليه ٤ ثبت
وبالعزل في غيبته يبطل ذلك وصح العزل بحضرته لان الحق
لا يبطل لانه ان لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه ٧ ان ٧ مع الموكل ويمكنه
يطلب منه نصب وكيل آخر وصار التوكيل الذي تعلق به
حق الغير كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن **و** تبطل **بافتراق**
الشريكين وعجز موكله لو كان **مكاتبا او حجره لو ماذونا**
لان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالافتراق
والعجز والحجر ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل
حكمي فلا يتوقف علي العلم **وبتصرفه بنفسه** فيما وكل به
لفوات محله ويندرج تحت هذا اللفظ ما لو وكله باعتاق عبده
او بكتابته او بتزويج امراة او بشراء شيء او بطلاق او خلع او بيع

عبده فاعتق او كاتب او زوج او طلق ثلاثا او واحدة ومضت
عدتها او خالعها او باعها او باع بنفسه وهذا لانه لما فعل ذلك
الشيء بنفسه تعذر علي الوكيل ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة
حتي ان الموكل لو طلقها واحدة والعدة قايمة بقيت الوكالة
لانه امكن تنفيذ ما وكله به ولو تزوجها واابانها لم يكن للوكيل
ان يزوجها منه لزوال حاجته ولو رد عليه ما باعه بعيب بقضاء
عادت الوكالة في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه ليس للوكيل
ان يبيعه لانه لما انعزل ببيعه بنفسه لا يعود وكيلا الا بتجديدها
وجه الظاهر ان الوكالة اطلاق التصرف والعزل لم يوجب صريحا
وانما امتنع بعارض وقد زال **و** تبطل **بموت احدهما** اي الموكل
والوكيل **وجنونه مطبقا** اي مستوعبا لانها عقد جايز
غير لازم فكان لبقايه حكم الابتداء فيشترط قيام الامر
في كل ساعة وبهذه العوارض يبطل الامر فتبطل الوكالة
وقدر الجنون المطبق **بشهر** لانه يسقط به الصوم **ورجع**
محمد في تقديره **الي سنة** وهو الاصح لان استمراره
حولا مع اختلاف فصوله آية استحكامه لانه يسقط به جميع
العبادات اما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكوة فلا يكون
في معني الموت **لا الي اكثرها** اي اكثر السنة كما روي
عن ابي يوسف اقامة للاكثر مقام الكل **او اكثر يوم وليلة**
وهو رواية اخري عنه لانه تسقط به الصلوات الخمس
وعلمه اي الوكيل **بالعزل القصدي شرط** لانعزاله
عندنا وحكم الشافعي ومالك به وان لم يبلغه الخبر لانه

بالقول يسقط حق نفسه لان نفوذ الوكالة لحق الموكل والمرء
ينفرد باسقاط حقه كالطلاق والاعتاق ولنا ان في العزل
اضرار به لانه ربما يتصرف بناء علي انه وكيل ثم يظهر انه
غير وكيل فيلحقه عهدة وضمان لانه اذا انقد من مال الموكل
اوسلم المبيع يضمنه فيتضرر به ولان العزل خطاب ملزم
للوكيل بان يمنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في
حق المخاطب مالم يعلم به كخطاب الشرع فلا يثبت حكم
العزل في حقه مالم يعلم به دفعا للضرر عنه ويستوي
الوكيل بالنكاح والطلاق لما ذكرنا وهو اي حصول العلم
به باخبار اثنين وان لم يكونا عدلين او باخبار واحد
عدل عند ابي حنيفة واكتفيا بواحد مطلقا يعني وان لم
يكن عدلا لا كالرسول اليه فانه لا يشترط فيه العدالة اتفاقا
لقيامه مقام المرسل فكانه خاطبه بالعزل شفاها فلا
تعتبر صفاته وكما لو صدق المخبر فانه ينعزل اتفاقا ولانه
خبر واحد في المعاملات فلا تعتبر فيه العدالة كساير اخبار
المعاملات وله ان هذا الخبر جار مجري الشهادة لايجابه
الضمان علي الوكيل بالتصرف وفيه شبهة باخبار المعاملات
لان العزل عن الوكالة منها فوجب اعتبار الشبهين فيثبت
احد شطري الشهادة ويسقط الآخر وينعزل من
قيل له متى عزلتك او كلما عزلتك فانت وكيلي
بعزلتك ثم عزلتك في الاول لان بقوله عزلتك صار
معزولا ثم صار وكيلا بشرط الموكل وبقوله عزلتك ثانيا

انعزاله ٢

صار معزولا

صار معزولا من الوكالة التي ثبتت بعد العزل فلا تثبت الوكالة
بعد العزل الثاني لعدم الدلالة وينعزل برجعت عن المعلقة
وعزلتك عن المنجزة اذ كل من الرجوع عن المعلقة والعزل
عن المنجزة صحيح والله تعالي اعلم

كتاب الكفالة

ذكر في المبسوط وغيره الكفالة عقيب الوكالة لان كلا منهما عقد
تبرع ونفعه لغيره هي لغة الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكرياء
اي الي نفسه وقوله صلي الله عليه وسلم انا وكافل اليتيم كهاتين
اي ضامُّ اليتيم الي نفسه وشرعا ضم ذمة الي ذمة في المطالبة
لا في الدين في الاصح وقيل في الدين وبه قال الشافعي فيصير
الدين الواحد دينين لان الكفيل مطالب بالايفاء والمطالبة
بايفاء الدين ولا دين محال اذ المطالبة فرع الدين ولا يتصور
الفرع بدون الاصل ولهذا لو وهب له صح وهبة الدين لغير
من عليه الدين لا تصح فظهر ان الدين وجب علي الكفيل ووجه
الاصح ان الدين باق في ذمة الاصيل كما كان خلافا لما يقوله
مالك ان الاصيل يبرأ عن الدين بالكفالة كما في الحوالة فلا
يتصور وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين
قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهبه
للكفيل فانا جعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح تصرفه وجعلناه
في حكم دينين وقبله لا ضرورة ولا تصور لوجود المطالبة الا
بعد وجود اصل الدين فاما ان يكون واجبا علي من عليه المطالبة
لا محالة فلا الا تري ان الوكيل بالشراء مطالب بالثمن واصل
الثمن علي الموكل حتي لو ابرا البايع الموكل عن الثمن صح فركنها

الايجاب والقبول وشرط جوازها كون المكفول به مقدور
التسليم من الكفيل حتي لاتصح الكفالة بالحد والقصاص
لفوات شرطها اذ غير الجاني لا يوخذ بجناية الجاني واهلها
اهل التبرع بان يكون حرًا مكلفا فلا تصح من العبد والصبي
وحكمها وجوب المطالبة علي الكفيل وتصح بالنفس وان
تعددت الكفلاء بها حتي لو اخذ من رجل كفيلا بنفسه
ثم اخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان حكمها استحقاق
المطالبة وهي تحتمل التعدد فالتزام الاول لايمنع التزام الثاني
والمقصود منها التواثق واحد كفيل آخر زيادة فيه فتصح الثانية
ايضًا وتصح بتكفلت بنفسه وجسده لانه حقيقة في المعني
وبما يعبر به عن البدن كالوجه والروح والراس لانه
يعبر بها عن مجموع الانسان عرفا ولهذا اصحت اضافة
الطلاق اليها وتصح بجزء شايع كنصفه وثلثه وجزئه لان
النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزي اذ المستحق بها
احضارها واحضار لبعض النفس لايتحقق فصار ذكر بعض
ما لايتجزي كذكر كله بخلاف اليد والرجل لانه يعبر بهما
عن البدن ولهذا لا يصح ايقاع الطلاق والعتاق بهما وتصح بضمنته
لان الضمان موجب الكفالة اذ بها يصير ضامنا للتسليم والعقد
ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك وبهو
عليّ اي ملتزم بتسليمه لان عليّ للالزام او اليّ لانها بمعني
اليّ قال عليه السلام من ترك ما لا فلورثته ومن ترك
كلاً فالينا رواه الشيخان في الفرايض من حديث ابي هريرة

الكفيل

وروي

وروي اصحاب السنن الا الترمذي عن المقدام بن معدي كرب
قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم من ترك كلاً فاليّ
ومن ترك ما لا فلورثته وانا وارث من لا وارث له
والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه او قال
انا به زعيم لقول النبي عليه السلام العارية مؤداة والمنحة
مردودة والدين مقضي والزعيم غارم رواه ابو داود والترمذي
في البيوع او قال انا به قبيل قال ابن حبان الزعيم لغة
اهل المدينة والحميل لغة اهل العراق والكفيل لغة اهل
مصر والكفيل يسمي قبيلا وسمي الصك قبالة لانه وثيقة
بالحق لا اي لا يصير كفيلا بانا ضامن لمعرفته لان موجب
الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم فان
شرط فيها تسليمه في وقت معين وطلبه منه فيه احضره
في ذلك الوقت رعاية لما التزمه فان احضره فيها والا اي
وان لم يحضره حبس لانه تحقق امتناعه عن ايفاء حق مستحق
عليه بالتزامه فصار ظالما والحبس جزاوه ولكن لا يحبسه
اول مرة لان الحبس عقوبة فيتوجه علي الظالم ولا يظهر
ظلمه في اول وهلةٍ فلعله ما دري لماذا دُعِيَ ولو غاب
المكفول وعلم مكانه امهل الكفيل مدة ذهابه وايابه
ان اراد الذهاب لياتي به فاذا مضت ولم يحضره فيها
حبس لانه امتنع عن التسليم مع امكانه فبان ظلمه وان لم
يعلم مكانه لا يطالب به حتي يعلم فان سلمه اليه في
مكان يقدر المكفول له علي محاكمته كمصرٍ بريء الكفيل

من الكفالة لانه ما التزم تسليمه الا مرة وقد اتي به وان
عين مجلس الحكم فسلمه في السوق حكمنا ببرآته لان
المقصود تسليمه علي وجهٍ يوصله الي حقه وقد حصل ولكن
لا يفتي به وحكم زفر بعدمها وبه يفتي لان اكثر الناس في
زماننا يعينون المطلوب علي الامتناع من الحضور والعناد لغلبة
اهل الفساد فكان التقييد بمجلس القاضي مفيدا او كن اتسليمه
في مصر آخر يوجب البرآة عند ابي حنيفة اذ المعتبر تسليمه
علي وجهٍ يتمكن من احضاره مجلس الحاكم وقد وجد ونفياها
اي البراءة منها كالبرية والسواد اي كالتسليم في البرية
او السواد لانه قد لا يمكنه الوصول الي حقه لكون الشهود في
البلد المسمي ولتفاوت القضاة صلاحًا وبه يفتي في زماننا
وتبطل الكفالة بموت المطلوب للعجز عن احضاره وبموت
الكفيل لانه اذا مات عجز عن احضار المكفول بنفسه وماله
لا يقوم مقام المكفول بنفسه لان المال غير النفس والواجب
بهذه الكفالة احضار النفس علي ان الورثة انما يخلفونه فيما
له لا فيما عليه لا اي لا تبطل بموت الطالب لعدم عجز الكفيل
ولقيام الوصي او الورثة مقام المكفول له في المطالبة ويبرا
الكفيل بدفعه المكفول اليه اي الي المكفول له وان لم يقل
اذا دفعته اليك فانا بريئ من الكفالة لان موجب التسليم
البرآءة فيثبت نصّ عليها او لا اذ موجب التصرف يثبت بلا
تنصيص عليه كالمستعير او الغاصب اذا رد المستعار او المغصوب
فانه يبرا عن ضمان الرد ولا يشترط قبول الطالب التسليم كالمديون

اذا وضع

اذا وضع الدين بين يدي الطالب فانه لا يشترط قبوله ويبرا
ايضًا بتسليم وكيله او رسوله المكفول لانهما قايمان
مقامه وبتسليم المطلوب نفسه لرب الدين عن الكفالة
لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية دفعها فان قال بعد
ما كفل بنفسه ان لم اوافِ به غدا فانا ضامن للالف
التي لك عليه فلم يوافِ به فيه يضمنها عندنا ولا يضمنها
عند الشافعي ومالك لعدم صحة هذه الكفالة عندهما لانها
سبب وجوب المال وتعليق سبب وجوبه بالاحضار لا يصح
كالبيع ولنا ان الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداء باعتبار المال
وتشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع علي الاصيل بما ادّي
عنه فكانت مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح تعليقها بمطلق
الشرط كهبوب الريح ومجيئ المطر عملا بشبه البيع وتصح بشرط
متعارف كعدم الموافات به في وقت كذا عملا بشبه النذر
ولا يبرا من الكفالة الاولي اذ لا تنافي بين الكفالتين فكل
واحدة منهما للتوثق حتي لو كفل بهما معا يصح وهي اي الكفالة
لاثبات القصاص و اثبات القذف جبرا اي بالزام الحاكم
باطلة عندنا اي عند ابي حنيفة كباقي الحدود اي
كبطلانها في باقي الحدود المعروفة وكبطلانها في غير الحد
والقصاص لانها للاستيثاق ومبني الحدود والقصاص
علي الدرء فالجبر علي الكفيل فيهما يفضي الي فساد الوضع بخلاف
ساير الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات فيليق الاستيثاق
بها كما في التعزير فانه حق العباد ولا يسقط بالشبهه والزما

بها اي بالكفالة في حد القذف والقصاص لانها شرعت
لتسليم النفس وتسليمها واجب علي الاصيل هنا فصحت الكفالة
به بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله وهي شرعت
وثيقة لنا كيلا يفوت حقنا والله تعالي غني عن ذلك اما القصاص
فالمغلب فيه حق العبد وحد القذف مشتمل عليهما وان
كان الغالب حق الله كما يجبر علي اعطاء الكفيل في دعوي
الجراحة والمال والقتل خطأ واعتبارا بما لو اعطي كفيلا
بنفسه فيهما بلا جبر وانما لم يصح بعين الحد والقصاص
لانها انما تصح بمضمون تجري النيابة في ايفائه وهي لا تجري
في العقوبات لان الغرض من شرعها زجر العاصي عن المعاصي
وهذا لا يتحقق اذا اقيم علي غير الجاني وتصح بالمال ولو
كان مجهولا اذا كان دينا صحيحا كتكفلت عنه بالف
وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع لان جهالة
المكفول به لا تمنع صحة الكفالة اذا كانت مستدركة
لبنائها علي التوسع لانها تبرع ابتداء لا محالة وقد انعقد
الاجماع علي صحة الكفالة بالدرك والدين الصحيح ان
لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وفيه احتراز عن بدل الكتابة
اذ لا تصح الكفالة به لثبوته في ذمة المكاتب مع المنافي لانه
عبد ما بقي عليه درهم والمولي لا يستوجب علي عبده
دينا الا انه لحاجته الي العتق يثبت الدين فكان ثابتا
في حقه لا في حق صحة الكفالة وتصح بالخراج الموظف
علي الارض لانه دين واجب يحبس به ويلازم لاجله ويمنع

وجوب الزكوة ويطالب به اشد المطالبة فاشبه ساير الديون
والنوائب الحقة لحو ان يقضي القاضي بكري نهر مشترك
بين جماعة شركة خاصة فابي واحد منهم الكري فاتفق شريكه
بامر القاضي يصير حصة الآبي في ذمته دينا فتصح الكفالة بها
لانه كَفَلَ بما هو مضمون علي الاصيل وان يوظف الامام
علي الناس عند الحاجة الي تجهيز الجيش لقتال الكفار وقد
خلا بيت المال عن المال او لفداء اساري المسلمين وقيل
تصح بالنوايب مطلقا يعني وان كانت بغير حق كالجبايات
في زماننا لانها في حق توجه المطالبة فوق ساير الديون
والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها و
المذهب عدم صحتها لانها لالتزام المطالبة بما علي الاصيل
شرعا ولا شئ عليه شرعا فلا تصح ويطالب المكفول له الكفيل
بالكفالة او المديون بالاصالة او كليهما لانها ضم ذمة الي
ذمة في المطالبة فيستدعي حق المطالبة منهما بخلاف المالك
اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن
التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة
بالكفالة فلا تتضمن التمليك فوضح الفرق الا اذا شرط حين
العقد براءة الاصيل فحينئذ تكون حوالة كما تكون
الحوالة بشرط ان لا يبرا المحيل كفالة اذ العبرة في العقود
للمعاني ويصح تعليقها بشرط ملائم مناسب لها كشرط وجوب
الحق كان استحق المبيع او ما بايعت فلانا او ما ذاب اي
ثبت لك عليه فعليَّ ثمنه او ما غصبك فعليَّ ضمانه بخلاف

مالو قال ما غصبك احدٌ شيئًا والاصل فيه قوله تعالي ولمن
جآء به حمل بعير وانا به زعيمٌ فالآية تدل علي ان جهالة
المكفول به لا تمنع صحة الكفالة اذ حمل البعير مجهولٌ وعلي
ان تعليقها بالشرط جايز حيث علقها بشرط المجيئ بالصواع
وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا قص الله او رسوله بلا انكار
فان قيل قد ظهر انتساخه لان الكفالة لا تصح لمجهول اجماعا
والمكفول له مجهول قلنا هنا امرانِ جواز الكفالة مع جهالة
المكفول له و جوازها مضافة الي سبب وجوب المال با
لاستحقاق او بشرط امكان استيفائه اي استيفاء الحق
او بشرط تعذره اي تعذر استيفائه كاذا قدم المديون
او اذا غاب عن البلد فعليّ ماعليه لا اي لا يصح تعليقها
بمجردِ الشرط الخالي عن المناسبة كان هبت الريح او
ان جاء المطر او ان دخل زيد الدار لان الكفالة مما يصح تعليقها
بالشرط فلا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق كذا
في الكافي تبعا للهداية ومشي الاتقابي علي ظاهر لفظها ولكن
المصرح به في المبسوط وقاضي خان ان الكفالة باطلة وكذا ان
جعل احدهما اي هبوب الريح ومجيئ المطر اجلًا ويجب المال
حالا لانهما ليسا من الآجال المعروفة بين التجار ويصح تأجيلها
الي الحصاد والدياس وقدوم الحاج لانها عقد تبرع فيتحمل
فيها الجهالة اليسيرة لصحة تأجيلها وصدق في ظاهر الرواية
كفيل بيمينه ان اقر بها مؤجلة الي شهر لو ادعي المقر له انها
حالة بخلاف مالو قال لك عليّ ماية الي شهرٍ وقال المقر له هي حالة

وجه

ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعي حقا لنفسه وهو تأخير
المطالبة الي اجل وفي الكفالة ما اقر بدين لانه لا دين عليه في
الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارضي
حتي لا يثبت الا بشرط فكان القول قول منكر الشرط كما في الخيار
اما في الكفالة فنوع حتي يثبت من غير شرط بان كان موجلا علي
الاصيل وتصح الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها اي بمثلها
في المثلي وبقيمتها في القيمي كالمغصوب والمقبوض علي سوم
الشرآء والبيع بيعا فاسدا لانها ضمُ ذمة الي ذمة في التزام
ما كان مضمونا علي الاصيل ورد العين مضمون علي الاصيل
فصح الالتزام من الكفيل لا اي لا تصح بالاعيان المضمونة
بغيرها كالمبيع فانه مضمون بالثمن لا القيمة والمرهون
فانه مضمون بالدين فكان مضمونا بوجهٍ دون وجهٍ فلا تصح
بالشك ولا تصح بالامانات لانها غير مضمونة كالودايع
ومال المضاربة والمستعار ولا تصح بحصة شريكه من الثمن
فيما باعه صفقة لانها اذا كانت متحدة يكون الثمن مشتركا
بينهما فلو صح ضمان احدهما لصاحبه بنصفه شايعا يصير
ضامنا لنفسه وهو باطل وهذا لان ما من جزء يؤديه
الا وهو مشترك بينهما فكان الضمان متنا ولا جزأ مشتركا
ضرورة ولو صح في نصيب شريكه خاصة يؤدي الي قسمة
الدين قبل قبضه وهو باطل ولا تصح بثمن ما توكل ببيعه
لانها لا لتزام المطالبة وهي اليه فيصير ضامنا لنفسه ولا
بحمل دابة معينة مستاجرة لان المستحق تسليم الدابة

٢ باعاه

وهو عاجز عنه لانها ملك الغير وان كانت غير معينة تصح الكفالة
لان المكفول هو الحمل ويمكنه الحمل علي دابة نفسه **ولا**
بمال كتابة لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة
ولا يصح تعليق البرآءة منها اي من الكفالة **بشرط في رواية**
لان في البرآءة معني التمليك كما في ساير البرآت وهذا علي قول
من يقول بثبوت الدين علي الكفيل ظاهر وكذا علي قول غيره
لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانه وسيلة اليه والتمليكات
لا تقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت علي الكفيل بالمطالبة
دون الدين في الصحيح فكانت اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق
ولهذا لا يرتد ابرآء الكفيل برده ويرتد ابرآء الاصيل برده
ولو تكفل بكرٌ **بما لزيد علي عمرٍو فبرهن** زيد **علي الف**
له عليه **لزمته** الالف لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فيتحقق
ما عليه **والا** اي وان لم يبرهن **صدق** الكفيل **فيما اقر بحلفه**
اذ القول قول المنكر وهو منكر للزيادة **ولا ينفذ قول الاصيل**
عليه اذا اقر بدين اكثر مما اقر به الكفيل لقصور ولاية المقر
عن غيره ويصدق في حق نفسه لولايته عليها **ولا يطالبه**
الكفيل بما كفل عنه **الا اذا كانت** الكفالة **بامره** اي امر الاصيل
وادي عنه فانه حينئذ يرجع عليه لانه ادي عنه دينه
بامره ولا يرجع بشيء اذا كانت بغير امره لانه متبرع فيما ادي
فلا يملك الرجوع واجازته ما لك اذا ادي بنية الرجوع ولا
يطالبه قبل اداء الدين عنه لانه لا يملكه قبل الاداء فلا
يرجع حتي يؤديه لانه حينئذ يصير به متملكا في ذمة

الاصيل

الاصيل **فان لوزم** الكفيل بالمال **لازمه** اي لازم الاصيل
حتي يخلصه وان حبس يحبسه لانه الذي ادخله في
هذه العهدة فيلزمه تخليصه **وان دفعه** اي المكفول
عنه المال **اليه** اي الي الكفيل **قبل دفعه** هو **المطالب**
لا يسترد منه لانه صار حقا للقابض علي احتمال ان يؤدي
الدين بنفسه فما لم ينقطع هذا الاحتمال فليس له ان
يرجع وانما ينقطع هذا الاحتمال باداء الاصل بنفسه
فاذا ادي بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذ وهذا كمن
عجل زكوة ماله ودفعها الي الساعي او اشتري شيئا بشرط
الخيار ثم نقد الثمن قبل مضيه ثم اراد استرداده قبل نقض
المبيع فانه لا يملكه لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير
زكوة وثمنا عند مضي الحول وسقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال
ليس له ان يسترده ولانه ملكه بالقبض لان المطلوب
دفع المال اليه علي وجه الاقتضآء بان قال له اني لا امن
ان ياخذ منك الطالب حقه فانا اقضيك المال قبل ان
يؤديه **ويكون له** اي الكفيل **ما ربح منه** لانه ملكه حين
قبضه فيحصل الربح علي ملكه فيطيب له ولا يتصدق
به اما اذا قضي الدين فظاهرٌ وكذا اذا قضي المطلوب
بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له علي المكفول
عنه مثل ما وجب للطالب عليه لكنه موجل الي غاية القضاء
الا ان فيه نوع خبث لما ياتي بعده فلا يعمل مع الملك فيما
لا يتعين كما علم في موضعه واما اذا كانت فيما يتعين

كما اذا كفل بكر بُرٍّ فقبضه منه وباعه وربح فيه فالربح
له في الحكم لما مرّ انه ملكه ويستحب له رده الي المكفول
عنه عند ابي حنيفة وعندهما هو له ولا يرده الي الذي
قضاه وهو رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يتصدق به
لهما انه ربح في ملكه لما بينا فيسلم له وله انه تمكن
الخبث مع الملك فيما يتعين فيرده اليه او يتصدق به
وهذا لان اقتضاءه قاصر غير خال عن الشبهة لان
المكفول عنه بسبيل من ان يقضيه بنفسه فيسترد منه
عين ما اعطاه ولان الاقتضاء بني علي المطالبة دون
حقيقة الدين فتمكنت الشبهة في الاقتضاء فكان الملك
قاصرا ويتبع الكفيل الاصيل في البرآءة والتاجيل لان
برآءته توجب سقوط الدين اذ الدين علي الاصيل عندنا
وعلي الكفيل المطالبة به وهي تابعة له فكان من ضرورة سقوط
الدين سقوط المطالبة اذ المطالبة بالدين ولا دين بحال
وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله
ولا ينعكس يعني لا يبرا الاصيل ببرآءة الكفيل لان الثابت
علي الكفيل المطالبة وهي فرع الدين وسقوط الفرع لا يوجب
سقوط الاصل وكذا لو اخر عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن
الاصيل لان التاخير ابرآء موقت لانه يسقط المطالبة الي
غاية فيعتبر بالابرآء المويد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال
موجلا الي شهر فانه يتاجل عن الاصيل لان التأجيل متي
قارب الكفالة صار داخلا في نفس المال لان حال وجود الكفالة

يقبل

يقبل الاجل سوي الدين فكان الاجل داخلا في الدين
فيتاجل فاذا صار موجلا يظهر الاجل في حقهما
ضرورة الا اذا صالح الكفيل الطالب عن الف
كفل بها بنصفها فانه يبرا الكفيل والاصيل عن
خمسماية لانه اضاف الصلح الي الالف الدين
وهي علي الاصيل فيبرا عن خمسماية لانه اسقاط
وبرآته توجب برآءة الكفيل واذا ادي الكفيل
خمسماية رجع علي الاصيل بها فقط ان كانت
بامره لان بالادآء يملك ما في ذمة الاصيل فاستوجب
الرجوع ولو صالحه عنها بخلاف جنسها رجع
عليه بها اي بالف لا بما ادي صلحا عنها لان
الصلح مبادلة فيملك ما في ذمة الاصيل فيرجع
عليه بكله ولو كفل عبد ماذون له عن سيده
ما عليه او بالعكس اى كفل المولي عن ماذونه
وادي الدين بعد العتق نفينا الرجوع واثبته
زفر له ان الاصل في الكفالة بالاذن الرجوع وانما
لا يرجع احدهما علي الاخر للادآء حالة الرق المانع
من ان يستوجب احدهما على الاخر دينا اما في
الادآء بعد العتق فلا مانع من الرجوع ولنا ان هذه
الكفالة حالة انعقادها لم تنعقد موجبة للرجوع
فلا تنقلب موجبة له كما لو كانت بغير اذن الاصيل
ثم رضي بها واجازها فانه لا يملك الرجوع فكذا هذا

واجزناه اي الرجوع لمن انكر الكفالة اذا برهن عليه
بها ودفع المال بحكم القاضي ونفاه زفر لانه بالرجوع
يدعي الكفالة وقد جحدها آنفا فيتناقض ولنا انه
بقضاء القاضي صار مكذبا في الجحود شرعا فالتحق
بالعدم كما لو اقر الانسان بدين فجحده المقر له يلتحق
اقراره بالعدم فكذلك تكذيب الشرع انكاره ويجيزها
اي ابو يوسف الكفالة في غيبة المكفول له ونايبه
لانها التزام مطالبة والالزام فيه علي الغير فيستبد به
الملتزم وله ولاية علي نفسه فيصح الاقرار او يوقفها على
قبوله اي قبول المكفول له ولو في غير مجلس العقد كتوقف
شطر عقد النكاح على ما وراء المجلس عنده وبعض المشايخ
افتي بقول ابي يوسف رفقا بالناس وشرطا قبوله
في المجلس لانها عقد تمليك علي ان المطالبة لم تكن
مملوكة له وملكها بعقد الكفالة والتمليك يقوم بالشطرين
فكان كلام الواحد شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف
علي ما وراء المجلس الا اذا قال المريض لوارثه تكفل عني
بما عليّ من الدين لغريمي او قال لغرماي ففعل في
غيبة الغريم فانه جايز استحسانا وان كان القياس
على قولهما ان لا يجوز لان الطالب غير حاضر فلا يتم
الضمان الا بقوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته
او لغيرهم لم يصح اذا ضمنوا فكذا اذا قاله المريض لانها
انما تصح بطريق الوصية منه لورثته بان يقضوا دينه

معني

ولهذا

ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين ورب الدين
لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا انما يصح
اذا كان له مال ولان المريض في هذا الخطاب لورثته
قام مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته بقضاء
الدين من تركته وفيه نفع للطالب وصار كما اذا حضر
بنفسه وهي اي الكفالة عن ميت مفلس لغرمائه
باطلة عندنا اي عند ابي حنيفة واجازاها كالشافعي
ومالك لهم انه كفل بدين واجب فتصح كما في حال
حياته وهذا لان الدين كان واجبا عليه في حيوته
فلا يسقط الا بالايفاء او الابراء او انفساخ سبب
الوجوب وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك ولهذا
يواخذ به في الآخرة ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع
عن الميت ولو كان بالدين كفيل يبقي علي كفالته ولنا
انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا
يوصف بالوجوب وكان الواجب عليه في حيوته
تمليك طايعة من ماله لغريمه وبعد موته لا يتصور
ذلك منه فيستحيل بقاؤه وانما الحق الدين بالمال
في حق بعض الاحكام كوجوب الزكوة وغيره لانه يؤول
اليه في المال بواسطة الايفاء وقد عجز عنه بنفسه
وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط في حق احكام
الدنيا والتبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان
علي فلان الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة

ضرورة واذا كان به كفيل
فخلفه باق وكذا اذا كان ل
مال فما يفضي الى الاداء باق
لانه يستوفي من المال فيجعل باقيا في احكام الد

وعليه اداوها وان لم يوجد الدين اصلا على ان
صحة التبرع بناء على ان الدين باق في حق صاحب الدين
لان سقوطه عن المديون للضرورة فيتقدر بقدرها
فيظهر في حق من عليه دون من له وان مات الكفيل
بدين مؤجل قبل حلول الدين على الاصيل وادى
وارثه من تركته لحلوله عليه بموته منعناه
اي الوارث من الرجوع على الاصيل بما ادى في الحال
واجازه زفر لان الاجل قد سقط وصار الدين
حالا فيرجع نيابة عن مورثه لان الكفيل يصير
مقرضا للاصيل ما كفل به في عمر الاداء عنه
والاداء الموجود من الورثة كالموجود من الكفيل
بحكم القاضي بما ستوجب على الاصيل مثل ما اداه
في الحال لقيام الموجب وهو الاقراض الثابت في
ضمن الاداء ولنا ان الاجل حق الاصيل فلا يبطل
بدون ابطاله وانما حل الدين بموت الكفيل لانتقاله
من الذمة الى التركة وهي عين فاما في حق الاصيل
فدين الكفيل عليه مؤجل ولم يصر عينا وما ثبت لضرورة
الانتقال من ذمة الكفيل الى تركته يتقدر بقدرها
فلا يظهر في حق غيره ويحكم ابو يوسف ببطلان
ابراء رب الدين الميت برد وارثه لانه قائم مقام
المورث فكان رده كرده وخالفه محمد وقال
لا يرتد برده لان الدين على الميت لا على الوارث

فلم

فلم يتضمن تمليك الدين منه ليرتد برده ويحكم برجوع رجل
غير خليط لغيره باخذ واعطاء قيل له اي لذلك
الغير اقبض فلانا الفا وان لم يقل له عني اذا
ادى الالف لان الظاهر ان الانسان انما يامر
بقضاء دين عليه لا على غيره لانه لغو وصار
كما لو قال اقض عني او كان المامور من خلطاء
الآمر بمداينات ومعاملات ونفاه ابو حنيفة ومحمد
لان الانسان كما يامر غيره بقضاء دين نفسه يامره
بقضاء دين المامور اذا ظهرت مماطلته نصيحة فلا يرجع
بالشك كما لو قال له ادّ او ادفع اليه الفا بخلاف الخليط
لقيام القرينة على قضاء دين الآمر ولو امر المكفول
عنه كفيله ان يتعين عليه ثوبا ففعل يكون الثوب
للكفيل والربح عليه وتفسير المسئلة ان المكفول عنه
امر الكفيل ببيع العينة وهو مكروه لما فيه من الاعراض
عن مبرة الاقراض وقد قيل اياك والعينة فانها العينة
وهو مخترع اكلة الربوا وقد قال عم اذا تبايعتم بالعين
واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد
باتباع اذناب البقر الاشتغال بالزراعة والاقبال عليها
وبالعينة ان ياتي المحتاج الى رجل ليستقرض منه
عشرة دراهم فلا يرغب المقرض في الاقراض
طمعا في اصابة الفضل الذي لا يناله بالقرض فيقول
له ابيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثني عشرة

تف
على تعريف العينة

الي اجل لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل له ربح درهمين
وسميت عينة لان المقرض اعرض عن القرض
الي بيع العين فاذا ثبت هذا فنقول الشراء يقع
للكفيل لانه لم يصر وكيلا عنه بالشراء لانه لم يقل
تعين لي ثوبا وانما قال تعين علي وهي كلمة ضمان لا كلمة
توكيل ومعني الضمان هنا ان يقول المديون للضامن
اشتر لي ثوبا لتبيعه في السوق فتقضي بثمنه الدين
فان امكنك ان تبيعه فبها ونعمت وان لم يكن
كذلك الا بخسران فعلي ذلك غير ان هذا الضمان
باطل لانه انما يصح بما هو مضمون علي غيره وخسران
درهمين غير مضمون علي احد فبطل ضمانه كمن
يقول لآخر بايع في هذا السوق علي ان كل خسران
يصيبك فانا ضامن له وقيل هو توكيل لانه اخرج
الكلام مخرج الوكالة ولهذا ذكر في بعض النسخ
تعين لي حريرا مكان علي لكن التوكيل لا يصح للجهالة
اذ لم يبين نوع الحرير ولا مقدار الثمن اذ الزيادة علي
قيمة الحرير مجهولة فكيف ما كان فالشراء للكفيل والربح
الذي ربحه بايع الثوب علي الكفيل لان الشرا لما وقع
الكفيل كان الفضل علي قيمة الثوب عليه ولو كفل
لرجل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه
وغاب الاصيل فبرهن المدعي علي المكفول له
علي الكفيل انه له الفا علي الاصيل لم تقبل بينته

بمثل ما ابتعته م
ذلك

علي

علي الكفيل حتي يحضر المكفول عنه فيقضى عليه لان
شرط وجوب المال علي الكفيل القضا بالمال علي الاصيل
وهذا الشرط لم يوجد لانه كفل بدين موصوف وهو
ما قضي به علي الغايب اما في لفظ القضاء فظاهر وكذا
في لفظ الذوب واللزوم لانه يراد بها الوجوب بجهة
القضا في عرفهم ولهذا لو اقر الكفيل لا يلزمه شئ لانه
باقراره لا يثبت الوصف ولان المكفول به مال مقضي
به وهذه العبارات وان كانت للماضي فقد اريد بها
الاستقبال عرفا يقال اطال الله بقاك والمدعي لم يتعرض
في دعواه ان القاضي قضي به بعد الكفالة وليس من
ضرورة كون الالف علي الاصيل ان يكون ذاب عليه
ولزمه بعد الكفالة ففسدت هذه الدعوي حتى
لو قال الطالب اني قدمت المطلوب بعد الكفالة الي
فلان القاضي واقمت البينة عليه بالف درهم وقضي لي
بذلك عليه فصرت كفيلا بذلك صحت الدعوي حتي لو
انكر الكفيل فاقام الطالب البينة عليه بذلك قضي القاضي علي الكفيل
والغايب بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو اقر لزمه وان برهن ان
له علي زيد الفا وان هذا كفيله لي بامره وانه يطالبه بها قضي بها
عليهما اي علي الكفيل والمكفول عنه وثبت امره ليرجع الكفيل بما ادي
علي الآمر ولو ادعاها بلا ذكر امر من المكفول عنه قضي بالمال علي الكفيل فقط
دون الاصيل اما القضاء علي الكفيل في الوجهين فلان المدعي يدعي مالا
بسبب الكفالة وقد اثبت دعواه بالحجة اذ المكفول له به مال مطلق

بخلاف ماسبق فيقضي عليه بما ادي واما القضاء
علي الاصيل في الفصل الاول دون الثاني فلان الكفالة
بغير امر تبرع محض اذ لا رجوع فيه وبامر تبرع ابتداء
ومعاوضة انتهاء بمنزلة القرض فاذا ادعى بامر لم يصح
القضاء بغير امر وذلك غير مشهود به ومن ضرورة
القضاء بالامر التعدي علي الغائب والا لا يكون معاوضة
ولان امر الاصيل الكفيل بالكفالة اقرار بالمال فيصير
مقضيا عليه ضرورة واذا كانت الكفالة بغير امر فليس
من ضرورة صحتها التعدي الي الغائب لانها لا تمس
جانب المكفول عنه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل
فلا يتعدي اليه وضمان الخلاص باطل عند ابي حنيفة
لانها عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو
غير قادر عليه والتزام ما لا يقدر علي الوفاء به باطل
واعتبراه صحيحا كضمان الدرك لانه عندهما عبارة عن
تسليم المبيع ان قدر او رد الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك
صحيح ولا يوخذ ضامن الدرك بالثمن اذا استحق المبيع
حتي يقضي للمشتري علي البايع بالثمن لان الكفالة بالدرك
كفالة بالثمن فلا بد من وجوبه علي البايع ليصير هو كفيلا
به وبنفس الاستحقاق والقضاء بالمبيع للمستحق لا يجب
الثمن علي البايع ما لم ينفسخ العقد وانما ينفسخ ويجب الثمن
علي البايع اذا قضي بالثمن عليه ولهذا لو اجاز المستحق
البيع صح فانما يصير كفيلا اذا قضي بالثمن علي البايع

ذلك

ذلك لا كفالة فلا يكون للمشتري ان ياخذ الثمن من الكفيل
هذا جواب ظاهر الرواية فان العقد لا ينفسخ بمجرد الاستحقاق
وحكم القاضي علي ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن علي البايع وهو الصحيح فلم يجب ....
علي البايع رده فلا يجب علي الكفيل وهذا لان الاستحقاق لا ينفي
ابتداء للبيع فاولي ان لا ينفي البقاء بخلاف القضاء بحرية
المبيع لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع علي البايع والكفيل
وعن ابي حنيفة ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من
القاضي دليل النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بصريح
النقض حتي لا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف
ان اخذ العين بحكم القاضي دليل الفسخ فيفسخ به البيع وعنه
ان العقد ينفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الرواية
للمشتري ان ياخذ الكفيل بالثمن اذا قضي عليه بالاستحقاق والله تعالى اعلم

باب كفالة الرجلين والعبدين وغير ذلك

اذا كان دين علي اثنين وكفل كل منهما عن صاحبه لم يرجع
احدهما علي شريكه بما ادي منه وان عين عن صاحبه لان
كل واحد منهما في حصته اصيل وفي حصة الآخر كفيل ولا يقاوم
ما عليه بحق الكفالة لما عليه بالاصالة اذ الواجب اصالة دين
وكفالة مطالبته به فكانت تابعة له ولانه لو جعل شيئا من
المؤدي عن صاحبه لقال صاحبه اداؤك كادائي فان جعلت
شيئا من المؤدي عني ورجعت بذلك علي فلي ان اجعل المؤدي
عنك كما لو اديت بنفسي فيفضي الي الدور والا فيما زاد
علي حصته من الدين فانه حينئذ يرجع به على شريكه

لتعينه عن الكفالة ضرورة وان كفلا عن رجل الفا بامره
وكفل كل منهما عن صاحبه ايضاً رجع كل منهما علي رفيقه
بنصف ما ادي منهما وان قل اذ كل واحد منهما كفيل عن
صاحبه وعن الاصيل بكل الالف فلا رجحان لاحدهما علي الآخر
بخلاف ما تقدم وان ابراء الطالب احدهما اي احد الكفيلين
طالب الآخر بكله اي كل المكفول به لان ابراء الكفيل
لا يوجب براءة الاصيل فبقي كل الالف علي الاصيل والآخر
كفيل بكله فيأخذه به ولو كاتب عبديه بعقد واحد وكفل
كل منهما عن صاحبه البدل رجع المؤدي علي رفيقه بنصف
ما ادي منه لاستوائهما فيه وهذا استحسان والقياس
ان لا يصح العقد لانه شرط فيه كفالة المكاتب ببدل الكتابة والكفالة صح
وكل ذلك باطل فيكون شرطهما في الكتابة فاسدا اذ الكتابة
تفسد بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان ان تصرف
الانسان واجب التصحيح بقدر الامكان وقد امكن تصحيح
هذه الكتابه بان يجعل المال علي كل واحد منهما والآخر تابع
له في حق تعلق عتقه بادآئه وان حرر احدهما اخذ
حصة الآخر من ايهما شاء اما المعتق فبالكفالة واما
صاحبه فبالاصالة قبل اخذ المعتق بالكفالة تصحيح لها
ببدل الكتابة وهي باطلة واجابوا بان كل واحد منهما كان
مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقي علي تلك الصفة
لان البقاء يكون علي وفق الثبوت فان اخذها من المعتق
رجع بها علي رفيقه لانه ادّي عنه بامره وان اخذها

من الآخر

من الآخر لم يرجع علي المعتق بشئ لانه ادّي دين نفسه ولو
ادعي رجل رقبة عبد علي ذي يد فكفل به اي بالعبد رجل
ومات العبد فبرهن المدعي انه كان له ضمن الكفيل
قيمته له لان المدعي زعم ان ذا اليد غاصب ضامن والكفيل
التزم ما علي ذي اليد من رد العبد علي وجه يخلفه قيمته وقد ظهر
بالحجة انه كان غاصبا له ووجب عليه ضمان قيمته خلفا عنه
فيجب علي الكفيل ذلك لما تقرر انها ضم ذمة الكفيل الي
ذمة الاصيل بما كان مطالبا به فاذا تحولت المطالبة من
العين الي القيمة في حق الاصيل تحولت في حق الكفيل ايضاً
وان ادعي عليه اي علي العبد فكفل بنفسه رجل فمات العبد
برئ الكفيل لانه كفل بتسليم نفس العبد عن العبد فاذا
مات العبد سقط عنه تسليم نفسه وبرئ عنه فيبرء الكفيل
لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل كما لو كان المكفول بنفسه
حرا ومات وهذا لان محل ما التزمه فات وهو العبد وكما لا يتصور
التزام التسليم ابتداء بلا محل لا يتصور بقاء بعد فوات المحل
ولو كفل عنه اي عن العبد بما يؤخذ به بعد عتقه باز اقر
باستهلاك مالٍ وكذبه مولاه او اقرضه انسان شيئا او باعه
سلعة وهو محجور يكون حالا علي الكفيل وان لم يسمه
حالا او غير حالٍ اما صحة الكفالة فلانه كفل بدين مضمون
علي الاصيل واما الحلول فلان الدين علي العبد حال لوجود
سببه وانما لا يطالبه قبل العتق لعسرته اذ جميع ما في يده
ملك سيده لا لكونه مؤجلا ولا عسرة في حق الكفيل فيؤخذ

به للحال كما لوكفل عن غايب فانه يوخذ به وان عجز الطالب عن
مطالبة الاصيل او عمن فلسه القاضي وحال بينه وبين خصمه
فانه يوخذ به للحال وان لم يكن الاصيل مؤاخذا به في الحال
لان ذلك لعسرته لا لشرط الاجل ولا عسرة في حق الكفيل
بخلاف ما لو كفل بدين موجل فانه يتأجل في حق الكفيل
ايضا لان المطالبة تأخرت ثمة بمؤخر والكفيل التزم المطالبة
بذلك الدين فلزمه كذلك مؤجلا ثم اذا ادّى يرجع على العبد
بعد العتق لان الطالب انما يرجع عليه بعد العتق
فكذا الكفيل لانه قايم مقامه والله تعالى اعلم

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيهما التزاما على الاصيل
كما في الكفالة ولهذا اجاز استعارة كل منهما للاخرى كما
علم لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تقفوا
الكفالة فكذا ما يتضمنها ثم هي نقل الدين من ذمة الي ذمة
فيصح بالدين لا العين والاصل فيها قوله عليه السلام مطل
الغني ظلم ومن أُحيل على ملي فليحتل رواه احمد وابن ابي شيبة
من حديث ابي هريرة ورواه الشيخان بلفظ واذا اتبع احدكم
على ملي فليتبع ورواه احمد عن ابن عمر ايضا ولفظه مطل الغني
ظلم واذا احلت على ملي فاتبعه ولانه التزم ما يقدر على تسليمه
فيصح دفعا للحاجة وخصت بالديون لانها تنبئ عن النقل
وهو في الدين لا في العين لان هذا نقل والدين وصف شرعي
فظهر اثره في المطالبة فجاز ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت

شرعا

شرعا اما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل بل يحتاج الى النقل الحسي
وذلك برضي المحتال لان الدين حقه والدين ينتقل
بالحوالة فلا بد من رضاه بها للتفاوت في الذمم ورضى المحال
عليه لان الدين يلزمه فلا بد من التزامه لا برضى المحيل
اي المديون على المحتال لان تصرف المحال عليه بنفسه
بالتزام الدين ولا ضرر فيه على المديون بل فيه نفعه لانه
لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره واذا تمت الحوالة ابرأنا
المحيل من الدين وقال زفر لا يبرأ المحيل كما في الكفالة
لان المقصود بهما التوثق وذا في ازدياد المطالبة كما في
الكفالة لا في سقوط ما كان له عن المطالبة ولنا ان
الاحكام الشرعية تكون على وفق المعاني اللغوية ومعنى
الكفالة الضم ومعنى الحوالة النقل وذا لا يتحقق الا بفراغ
ذمة الاصيل والاستيثاق يحصل باختيار من هو أملى
من المحيل او احسن منه في القضاء فلو مات المحيل
لا يستوفي المحتال الدين من تركته لما قلنا ولكن ياخذ
كفيلا من ورثته ان لم يكن عليه دين او من غرمائه
ان كان مديونا مخافة التوي لما ياتي قريبا ويلغي ابو يوسف
ابراء المحتال المحيل الا بالتوي بان يجحد المحال عليه
الحوالة ويحلف عليها ولا بينة له عليه او يموت مفلسا
ولم يترك كفيلا لان التوي ما يتحقق عنده العجز عن
الوصول الي الحق وقد تحقق بكل واحد منهما ونفي الشافعي
الرجوع وان توي حقه لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود

في نفسه

من الدين الذي احا...
لان الابراء انما يصح بملا...
محل الدين ولم يلاقه لا...
من ذمة المحيل الي ذ...
المحال عليه واجازه مح...
الدين باق في ذمة ا...
عنده وانما انتقلت عنه...
كما ذهب اليه زفر فنقل...
المجمع هذه المسئلة من شرح الجامع البره...
لا فائدة الخلاف قولي محمد وزفر ولا يرجع المحتال
على المحيل صح

الا بسبب جديد قلنا انها مقيد بسلامة حقه له اذ هو المقصود
لان الغرض من شرعها التوصل الي استيفاء الحق من المحل
الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب
وانما تختلف في حق الاستيفاء فصارت السلامة من المحل
الثاني كالمشروط في العقد الاول لما انها المطلوب فاذا
لم يحصل المشروط عاد حقه الي الاصل كما كان ولان
البراءة حصلت بطريق الانتقال فاذا لم يسلم له من المحل
الذي انتقل عنه كما لو اشتري بالدين شيئا وهلك قبل القبض
فان حقه يعود في الدين كما كان فكذا هنا والجامع انها سبب
يحتمل الفسخ حتي لو تراضيا علي فسخ الحوالة انفسخت كما ان ذلك
السبب يحتمل الفسخ **والحكم بافلاسه** اي افلاس المحال عليه
حيًّا اي في حال حيوته **لغو** عند ابي حنيفة لان المال غادٍ
ورائحٍ فقد يصبح الانسان فقيرا ويمسي غنيًّا وبالعكس وعندهما
يتحقق حتي يعتبر في حق اخراجه من السجن فكذا في حق غيره
ولو مات المحيل مديونا قبل قبض المحتال الدين المحال به
قسمناه بين الغرماء كلهم ويصير المحتال اسوة للغرماء فيه
وخصه زفر بالمحتال لانه كان اخص به في حيوته فكذا بعد مماته
كالرهن في حق المرتهن ولهذا لم يملك المحيل ابطاله بالابراء
والهبة ولنا ان الدين في ذمة المحال عليه علي ملك المحيل قبل
القبض المحتال لانه لو صار ملكا له لكان تمليك الدين من غير
من عليه الدين ولهذا لو ابطل دين المحتال بالابراء كان المحيل
احق به واذا بقي على ملك المحيل صار بين غرمائه بالحصص

ولم يختص

[هامش: ...يه يعود حقه ... الذي صح]
[هامش: لهم]

ولم يختص المحتال به رقبة او يدا والدين علي الغير لا يقبل التجزي
بوجهٍ مّا بخلاف الرهن لانه ملكه لانه بقبضه صار مستوفيا
من وجهٍ فكان اخص به من ساير الغرماء **وحكمنا ببقائها**
اي الحوالة **لو احال** البايع شخصا **علي المشتري بثمن مبيع**
له عليه **ثم رده** علي البايع **بعيب** او بخيار شرط او رؤية
او باقالة وابطلها زفر لانها مقيدة بالثمن ولما رد بالعيب
انفسخ البيع فيبطل الثمن به فتبطل الحوالة كما لو استحق المبيع
او وجد حرًّا قلنا الحوالة وان كانت بالثمن الا انه كان واجبا
وقت الحوالة فصحت وبالرد لم يتبين انه لم يكن واجبا بل
سقط بالانفساخ بعد ثبوته ووجوبه وذلك يختص
بالمتعاقدين فلا يظهر في حق الغريم المحتال بخلاف الاستحقاق
وظهور الحرية في العبد لانه ظهر بذلك ان الثمن لم يكن
ثابتا فلم تقع الحوالة صحيحة **ولو طالب المحال عليه المحيل**
بما احال به عليه **فقال انما احلت بدين لي عليك** ولا
رجوع لك لم يقبل منه لان سبب الرجوع عليه قد تحقق وهو
قضاء دينه بامره فيرجع عليه بمثله **او طالب المحيل المحتال**
بما احال به من الدين **قال** المحتال **انما احلتني بدين**
لي عليك لم يقبل قوله لان فراغ الذمم اصل والمحيل
متمسك به والمحتال يتشبث بالعارض فكان الاصل
احق فان قيل اذا احاله فقد اقر بالدين لان الحوالة نقل
الدين كما تقدم قلنا الحوالة تستعمل في نقل التصرف علي
طريق التوكيل ولهذا قال محمد اذا صار مال المضاربة دينا

[هامش: لان الاختصاص بملكه صح]

علي الناس وامتنع المضارب من التقاضي يقال له احل
رب المال علي الغرماء اي وكله وتستعمل في نقل الدين
فلم تكن حجة للمحتال علي المحيل ان المحيل صار معترفا
بالدين بل لما كان متحملا كان القول قول مزابهمه مع يمينه والله تعالى اعلم

كتاب الرهن

لما كان الرهن وثيقة لجانب استيفاء الدين من العين
ناسب ذكره بعد الوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة
والحوالة فانهما يختصان بالزمة التي هي محل الوجوب
اذ الذمة تصير مضمونة الي الذمة في حق المطالبة او يتحول
الدين من ذمة الي اخري والرهن عقد وثيقة بمال والمال محل
لاستيفاء الدين منه وهو في اللغة جعل الشيء محبوسا
باي شيء كما قال تعالي كل نفس بما كسبت رهينة اي
محبوسة بوبال ما كسب من المعاصي وفي الشريعة **هو حبس
شيء بحق يمكن استيفاؤه** اي الحق **منه** اي من الرهن
بمعنى المرهون وهو تسمية بالمصدر **كالدين** حتي لا يصح
الا بدين واجب باطنا او ظاهرا او اما بدين معدوم فلا
اذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء وهو يتلو الوجوب وجوازه
ثابت بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالي وان كنتم
علي سفر ولم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضة وهذا امر بصيغة
الخبر لانه معطوف علي قوله فاكتبوه وعلي قوله تعالي واشهدوا
اذا تبايعتم وادني ما يثبت بصيغة الامر الجواز واما السنة
فلقول النبي عليه السلام لبن الدر يحلب بنفقته اذا كان

مرهونا والظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا وعلي الذي
يحلب ويركب النفقة رواه ابو داود وقال هو عندنا صحيح
واخرج الترمذي وابن ماجة والنسائي عن ابن عباس قال
قبض رسول الله عليه السلام وان درعه مرهونة عند رجل
من يهود علي ثلاثين صاعا من شعير اخذها رزقا لعياله وفي
بيوع البخاري عن انس ولقد رهن رسول الله عليه السلام
درعا له بالمدينة عند يهودي واخذ منه شعيرا لاهله
وعليه اجماع المسلمين **وينعقد** الرهن **بايجاب وقبول**
لانه عقد وهو ينعقد بالايجاب والقبول وعليه عامة
المشايخ وقيل الركن مجرد الايجاب لانه عقد تبرع اذ الراهن
لا يستوجب بما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه فيتم بالمتبرع
كالهبة والصدقة **ويتم** اي يلزم **بقبضه** وقال بعض اصحابنا
هو شرط جوازه **محوزا** اي مقسوما وهو احتراز عن رهن
المشاع فانه لا يجوز عندنا **مفرغا** عن ملك الراهن وهو
احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن **مميزا** اي غير متصل
بغيره اتصال خلقة وهو احتراز عما لو رهن الثمر علي راس
الشجر بدون الشجر لان المرهون اذا اتصل بغير المرهون
خلقة صار كالمشاع **ويكتفى بتخليته** فيه **في ظاهر الرواية**
كما في المبيع لانه قبض بحكم عقد مشروع بمنزلة قبض المبيع
وقيل لا يثبته اي ابو يوسف القبض **في المنقولات الا
بالنقل** لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب
فكان المغصوب لا يصير مضمونا بالتخلية بدون النقل فكذا

المرهون بخلاف الشرآء لان قبضه ناقل للضمان من البايع الي
المشتري الا ان يكون موجبا للضمان ابتدآء والاول اصح لان
حقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية فالقبض الموجب ليد الاستيفاء
يثبت ايضا بالتخلية **و**علماؤنا والشافعي **شرطوا للزومه**
القبض وحكم مالك بلزومه بدونه لانه عقد يختص
بالمال من الجانبين فاشبه البيع لانه وثيقة بالدين بمنزلة
الكفالة والحوالة فيلزم بالقبول والخلاف معه بناء علي الخلاف
في الهبة والصدقة ولنا ما تلونا من قوله تعالي فرهن مقبوضة
والمصدر اذا ذكر بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الامر
كقوله تعالي فضرب الرقاب فكان هذا امرا بالرهن
بهذه الصفة فينتفي جوازه بدونها ولانه شرع وثيقة
بالدين والوثايق ليست بواجبة التحصيل ولهذا لا يجبر
عليه والتبرع لا يفيد حكما الا بامضائه وذا بالقبض
ولا نجعله نحن **امانة مطلقا** كما اطلق الشافعي لما ياتي
له **ولا نخصوها** اي الامانة **فيما لا يغيب منه** اي من الرهن
كحيوان وعقار كما فصل مالك وقال ان كان الرهن من
الاموال الظاهرة يكون امانة لعدم التهمة عند دعوى الهلاك
غالبا وان كان من الاموال الباطنة كالنقدين والحلي والعروض
يكون مضمونا بتمام قيمته للتهمة **فجعلناه مضمونا باقل من**
من قيمته ومن الدين لا بتمامها اي تمام قيمة الرهن كما قال
زفر واحتج بقول علي رضي الله عنه اذا كان الرهن افضل
من القرض او كان القرض افضل من الرهن ثم هلك يترادان

الفضل

الفضل رواه البيهقي قلنا واخرج ايضا عن محمد بن الحنفية عنه
قال اذا كان الرهن اقل رد الفضل وان كان اكثر فهو
بما فيه ورواه ابن ابي شيبة عن محمد بن الحنفية عن
علي رضي الله عنه قال اذا كان اكثر مما رهن به فهلك
فهو بما فيه لانه امين في الفضل واذا كان اقل مما رهن
فيه رد الراهن الفضل وهكذا روي عن عمر واحتج الشافعي
علي انه امانة بقول النبي عليه السلام لا يغلق الرهن
ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه ابن حبان في صحيحه
والحاكم في المستدرك وصححه واخرجه ابو داود في
مراسيله عن سعيد بن المسيب عن النبي عليه السلام
قال وقوله لهُ غنمه وعليه غرمه من كلام سعيد نقله عنه
الزهري وقال هذا هو الصحيح ويؤيده ما رواه عبد الرزاق
في مصنفه عن ابن المسيب ان رسول الله عليه السلام
قال لا يغلق الرهن ممن رهنه وادعي الزهري ان معني
قوله لا يغلق الرهن لا يصير الرهن مضمونا بالدين وقوله
لصاحبه غنمه اي زوايده له وعليه غرمه اي لو هلك
يهلك علي الراهن وحجتنا في ذلك ما روي ابو داود
في مراسيله وابن ابي شيبة في مصنفه عن ابن المبارك
عن مصعب عن ثابت قال سمعت عطا يحدث ان رجلا
رهن رجلا فرسا فنفق في يده فقال رسول الله عليه السلام
للمرتهن ذهب حقك ولا يجوز ان يقال ذهب حقك في الحبس
لان هذا مما لا يشكل وفي مراسيله ايضا عن علي بن سهل الرملي

ثنا الوليد ثنا الاوزاعي عن عطاء عن النبي عليه السلام قال
الرهن بما فيه قال بن القطان مرسل صحيح وما في آثار الطحاوي
بسند صحيح عن ابي الزناد قال ادركت من فقهائنا الذين
ينتهي الي اقوالهم منهم سعيد بن المسيب وعروة ابن الزبير
والقاسم بن محمد وابو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد
وعبيد الله في مشيخة من نظرائهم اهل فقهٍ وصلاحٍ وفضلٍ
يذكر ما يجمع من اقاويلهم في كتابه علي هذه الصفة انهم
قالوا الرهن بما فيه اذا هلك وعميت قيمته ويرفع منهم ذلك
الثقة الي رسول الله عليه السلام قالوا الرهن بما فيه ولم يفهم
احد من قوله عليه السلام لا يغلق الرهن نفي الضمان عن
المرتهن وذكر الكرخي عن السلف كطاؤس وابراهيم وغيرهما
انهم اتفقوا ان المراد به لا يحبس عند المرتهن احتباسًا
لا يمكن فكاكه بان يصير مملوكا للمرتهن والدليل عليه ما روي
عن الزهري ان اهل الجاهلية كانوا يرتهنون ويشترطون علي
الراهن انه ان لم يقض الدين الي وقت كذا فالرهن مملوك
للمرتهن فابطل رسول الله عليه السلام ذلك بقوله عليه السلام
لا يغلق الرهن ولان الثابت للمرتهن ملك اليد والحبس
لانه ينبئ عن الحبس الدايم قال الشاعر ∘ وفارقتك برهن
لا فكاك له ∘ يوم الوداع فامسي الرهن قد غلقا ∘ اي ارتهنت
قلبه فذهبت به واحتبس عندها علي وجه لا فكاك له
فدل انه يوجب حبس الرهن بالدين دايما وذا انما يكون
بملك الحبس واليد وذا لا يكون الا بالضمان فالحاصل

الحكم

ان حكم الرهن عندنا ان يصير محبوسا بالدين فيصير مستوفيًا
دينه من وجهٍ بقبضه ويتقرر ذلك بالهلاك فيسقط
بالدين **فان هلك وقيمته مثل دينه او اكثر منه صار**
مستوفيا من ماليته حكما **بقدره** اي بقدر دينه ويسقط
الزايد خلافا لزفر وقد مر الوجه من الطرفين **ولو** كانت قيمته
اقل من الدين **رجع المرتهن** عليه **بفضل دينه** لما روينا
ولان سقوط الدين بطريق الاستيفاء وهو لا يتحقق الا
بقدر مالية الرهن فاستيفاء العشرة من خمسة لا يتحقق
فلهذا كان للمرتهن ان يرجع علي الراهن بفضل الدين **ويتعدي**
نحن ومالك **حكمه** اي حكم الرهن وهو الحبس **الي ما تولد**
منه من الاولاد ونسيل النحل وفرخ الشجر لان اوصاف القارة
في الاصول تسري الي الفروع وما عداه الشافعي الي الزوايد
لان حكم الرهن عنده تعلق الدين بالعين استيفاءً منه
عينا بالبيع وتعينه له لا يقتضي تعين آخر ولو لم تكن الزوايد
متولدة منه كاجرته وكسبه وغلة الارض لا يسري حكمه
اليه اتفاقا ولو كان متصلا به كالسمن والجمال والكبر يسري
حكمه اليه اتفاقا **و**علماؤنا **لم يخصوا الثمار والالبان** من
الحكم لما قلنا ونفي مالك اندراجهما فيه لتميزهما عن الاصل
خلقة وصورة كالكسب او لانهما من غير جنسه كالاجرة
فان هلكت الزيادة وحدها هلكت مجانا لان الاتباع
لا قسط لها مما يقابل بالاصول لعدم دخولها تحت العقد
قصدا **وان بقيت وهلك الاصل افتكها بحصتها**

من الدين لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة
بانفكاك فيقابلها شيء اذا قصدت **فيقسم الدين علي قيمته**
اي قيمة الاصل **يوم القبض وعلي قيمتها** اي الزيادة **يوم**
فكها ويسقط حصة الاصل من الدين لانه يقابله الاصل
مقصودا بالفكاك **ولو ارتهن علي شرط دينه ثوبا ثم جعلاه**
بكله اي بكل الدين **لا يصح** الجعل **عندنا** ويبقي الرهن علي الشرط
بحاله لان الزيادة في الدين تفضي الي شيوع الرهن لان بعضه
يصير رهنا بالشرط الثاني والشيوع مانع من صحته **ويجيزه** ابو يوسف
كالشافعي ومالك اما عندهما فلعدم منع الشيوع من الصحة واما عنده
فلان الدين مع الرهن يتحاذيان محاذاة المبيع مع الثمن حتي يكون
محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن ثم الزيادة بالرهن ملحقة
باصل العقد فكذا الزيادة في الدين كالزيادة في المبيع والثمن
وهذا لان الحاجة تمس الي الزيادة في الدين كما تمس الي الزيادة
في الرهن بان يكون في مالية الرهن فضل علي الدين يحتاج الراهن
الي مال الغير فيجعلانه رهنا بهما **كما اجزنا الزيادة في رهن**
الدين بان رهن ثوبا علي خمسة ثم زاده ثوبا آخر ليكون رهنا
مع الاول علي الخمسة وقبله المرتهن ولم يجزه زفر كما لا يجوز
في الدين لان هذه الزيادة رهن ببعض الدين ولو جعل الراهن
رهنا آخر مكان الرهن الاول علي ذلك الدين كله لم يجز ما دام
الاول مقبوضا حتي لو هلك الثاني هلك امانة فكذلك في البعض
اعتبارا له بالكل ولنا ان الرهن وثيقة فجاز ان يلحق به وثيقة
اخري كالكفيل بعد الكفيل بدين واحد ولان الزيادة في الرهن

(هامش: ...ما اصاب النما / ...تكه الراهن / ...يرورته مقصودا)
(هامش: في الرهن)
(هامش: آخر)

زيادة

زيادة فيما وقع عليه العقد فاما الزيادة في الدين فزيادة فيما
لم يقع عليه العقد الا تري ان الدين يثبت بعد المداينة لا
بعقد الرهن والزيادة لا تلتحق بما لم يثبت بالعقد واذا التحقت
به تعتبر قيمة كل منهما يوم قبضه ويقسم الدين علي قدر قيمتهما
بخلاف اقامة رهن آخر مكان الاول لان حكم الرهن الاول
ثابت بالقبض فيبقي ببقائه فما دام القبض قائما لا يمكن اقامة
غيره مقامه **ومنع** نحن ومالك **تصرف الراهن فيه** اي في
الرهن **ولو كان بلا ضرر** يحصل فيه كسكني الدار وركوب الدابة
الا باذن من المرتهن لان حكم الرهن وهو الحبس الدائم ينافي
تصرفه فلا يملكه بدون اذنه **كالمرتهن** فانه لا يجوز له ان ينتفع
به بدون اذنه اتفاقا واجاز الشافعي انتفاعه بالرهن بغير
الوطئ ان لم يتغير الرهن لان تعيينه للبيع لا يمنع انتفاع مالكه
به **ولو اكل** المرتهن **نماءه** كاللبن والثمر والولد **باذن**
من الراهن **لم يسقط شيء من دينه** اي دين المرتهن
لانه اتلفه باذن مالكه **ويرجع بحصته** اي بحصة النماء
ان هلك الاصل عنده فيقسم الدين علي قيمة النماء الذي
اكله وعلي قيمة الاصل فما اصاب النماء منه اخذه المرتهن
من الراهن لانه تلف علي ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل
حصل بتسليط من قبله فصار كانه اخذه واتلفه فكان
مضمونا عليه فيكون للمرتهن حصته من الدين **ولو قال**
المشتري **للبايع امسك هذا الثوب حتي اديك الثمن**
يكون رهنا عندنا كامسكه بدينك او امسكه **بمالك**

لان هذا الكلام يؤدي معني الرهن وهو الحبس الدايم الي وقت
الفكاك والعبرة في العقود للمعاني **وما جعلناه** اي الثوب
امانة وقيل يجعله ابو يوسف امانة كزفر والشافعي ومالك
لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والايداع
اقل الامرين بخلاف الوفاقيتين لتعين جهة الرهن حيث
قابله بالدين قلنا حتي مدة الي غاية الايفاء فقد تعين جهة
الرهن ايضاً حيث اتي بحكم الرهن **ويطالب الراهن بدينه**
ويحبسه به لبقاء حقه بعد الرهن وانما الرهن لزيادة الصيانة
فلا تمتنع المطالبة به فاذا ظهر مطله عند القاضي حبسه لانه
جزاء الظالم **ويؤمر باحضار رهن لا مؤنة لحمله** وان لم يكن
في بلد المرتهن لان قبضه قبض استيفاء فلو امر بقضاء الدين
قبل احضاره ربما يهلك بعده او يكون هالكا قبله فيصير مستوفيا
دينه مرتين **ويؤمر الراهن باداء الدين اولا** لتعين حقه
كما تعين حق الراهن بحضور الرهن تحقيقا للتسوية كما في
تسليم الثمن قبل المبيع وان كان له حمل ومؤنة ياخذ دينه
ولا يكلف احضاره لانه عاجز عنه والتسليم غير واجب عليه
في بلد لم يجر العقدُ فيه ولان هذا نقلٌ والواجب عليه التسليم
بمعني التخلية لا النقل من مكان الي مكان لان العين امانة
ولكن للراهن ان يحلفه بالله ما هلك **ولا يلزمه التمكين**
اي تمكين الراهن **من بيع الرهن للايفاء** اي لايفاء الدين
من ثمنه لان حكم الرهن الحبس الدايم الي ان يقضيه دينه
ويحفظه اي الرهن **بما يحفظ به ماله** من زوجةٍ وولدٍ

اذا كانا

اذا كانا في عياله لان عينه امانة عنده والحفظ يكون بهؤلاء فيملك
الدفع اليهم كما في الوديعة **فان حفظه بغيره** اي بغير من يحفظ
به ماله **او اودعه وتلف ضمن قيمته كلها كتعديه** عليه **بلبس**
الطيلسان وجعل الخاتم الرهن **في خنصره** لان الزيادة علي
قدر الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولبس الطيلسان
لبساً معتاداً تعدٍ لا وضعهُ علي عاتقه وجعل الخاتم في خنصره تعدٍ
ايضاً لانه ماذون له في الحفظ دون الاستعمال وهذا لبس
واستعمال واليمني واليسري فيه سواء لان الناس يختلفون فيه
تجملاً ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه يلبس
كذلك عادة فكان من باب الحفظ دون الاستعمال وان لبس
خاتما فوق خاتم يرجع الي العادة فان كان اللابس ممن يتجمل
بلبس خاتمين ضمن كلها وان كان ممن لا يتجمل بذلك فهو
حفظ وليس بلبس فلا يضمن الزيادة **ويلزم المرتهن اجرة**
الحافظ لان الحفظ واجب عليه والامساك بحق له فيكون
بدله عليه **وكذا يلزمه اجرة بيت الحفظ في ظاهر الرواية**
لان الحفظ علي المرتهن ولا يتاتي الا في منزله فتكون مؤنته
عليه وهذا لانه في الحفظ عامل لنفسه لانه يقصد به اضجار الراهن
وعن ابي يوسف ان كري الماوي علي الراهن لانه بمنزلة النفقة
لكونه سعياً في تبقيته **ويلزم الراهن نفقته واجرة راعيه**
والخراج وتجهيزه بعد الموت **ودفنه** والاصل ان ما يرجع
الي البقاء فهو علي الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن
لان العين باقية علي ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون ابقاؤه

عليه لانه مؤنة ملكه كما في الوديعة ومن جنس النفقة كسوة
الرقيق واجرة ظير ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخيله وجدا ده
والقيام بمصالحه وما يرجع الي حفظه فهو علي المرتهن و ذلك
علي ما ذكرنا **وينقسم فدآء** ارش **الجناية** اي جناية الرهن
وثمن الدوآء في معالجة مرضه **وجعل الآبق** لرادّه **علي
المضمون** منه **والامانة** فما لاتي المضمون كان علي المرتهن وما
لاتي الامانة كان علي الراهن لان يده في الزيادة كيد المالك
اذ هو كالمودع فلهذا يكون علي المالك بخلاف اجرة بيت الحفظ
لما ذكرنا وما اداه احدهما مما وجب علي صاحبه يكون متطوعا
به الا اذا كان بامر القاضي لعموم ولايته فصار كان صاحبه
امره به وعن ابي حنيفة انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا
وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين
وهذه فروع مسئلة حجر الحرّ وعدمه والله تعالي اعلم وهي

باب ما يجوز رهنه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن شرع في تفصيل ما يجوز
ارتهانه وما لا يجوز فقال **لا يصح رهن مدبر ومكاتب
وام ولد** لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يتصور
من هذه الاعيان لقيام المانع **ولا رهن ارض وشجر بدون
ما فيهما من زرع او ثمرٍ و بالعكس** لاتصال المرهون بما
ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشايع فصار الاصل
ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه
لا يمكن قبض المرهون وحده وروي الحسن عن ابي حنيفة

ان رهن

ان رهن الارض بدون الشجر جايز لان الشجر اسم للمنابت
فيكون استثناء الاشجار بمواضعها من الارض فيكون عقد
الرهن متناولا لما سوي ذلك الموضع منها **ولا رهن مشاع
عندنا** وحكم الشافعي ومالك بصحته لان موجبه عندهما
استحقاق البيع في الدين والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم
ولنا في المسئلة طريقان احدهما ان رهن النصف الشايع
بمنزلة قوله رهنتك هذا العين يوما ويوما لا وذلك
لا يجوز فهذا مثله وبيانه ان موجب عقد الرهن دوام يد
المرتهن عليه من وقت العقد الي وقت الفكاك وذلك لا يتحقق
مع الشيوع لانه يحتاج الي المهاياة مع المالك في الامساك
فينتفع المالك به يوما بحكم الملك ويحفظه المرتهن يوما بحكم
الرهن فينعدم استحقاق اليد للمرتهن في نوبة الراهن وكان
ذلك بسبب مقترن بالعقد وهو الشيوع ومتي اقترن بالعقد
ما يمنع موجبه لم يصح والدليل علي ان دوام اليد موجب العقد
قوله تعالي فرهٰن مقبوضة فهذا يقتضي ان لا يكون مرهونا
الا في حال يكون مقبوضا فيه ولان المقصود به صيانة حق المرتهن
عن التوي بجحود من عليه فان الله تعالى نقل الحكم من الكتاب
والشهود الي الرهن فيكون المقصود بالمنقول اليه ما هو المقصود
بالمنقول عنه وذلك لا يحصل الا بدوام اليد عليه والطريق الاخر
ان موجب الحكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن لانه وثيقة
لجانب الاستيفاء ويد الاستيفاء في الجزء الشايع لا يتحقق
لان اليد حقيقة لا تثبت الا علي جزء معين واذا كان الموهون

جزا شايعا لو ثبت حكم الرهن انما يكون عند التخلية لجميع العين
او عند نقل جميعها حقيقة ونصف العين ليس بمعقود عليه
واذا لم يتحقق موجب العقد الا باعتبار ما ليس بمعقود عليه
لا ينفذ العقد اصلا كما لو استأجر احدي زوجي مقراض
لمنفعة قرض الثياب **ويفسده** الشيوع **الطاري** ان تفاسخا
العقد في نصف المرهون ورده المرتهن **في الصحيح** كالمقارن
لما بينا ان الجزء الشايع لا يكون محلا لموجب عقد الرهن فكما
ان العقد لا ينفذ ابتداء بدون المحل فكذلك لا يبقي بدونه
وذكر ابن سماعة ان ابا يوسف رجع عن هذا وقال الشيوع الطاري
لا يمنع بقاء حكم الرهن بخلاف المقارن وقاس ذلك بصيرورة
المرهون دينا في ذمة غير المرتهن فانه يمنع ابتداء الرهن
ولا يمنع بقاءه حتي لو اتلف المرهون انسان او بيع بثمن تكون
القيمة والثمن رهنا في ذمة من عليه وابتداء عقد الرهن
مضافا الي دين في الذمة لا يجوز وجه الاول ان الكلام وقع
في محل الرهن وما يرجع الي المحل فالبقاء والابتداء فيه سواء
كالمحرمية في النكاح **ولا يصح بالامانات** كالوديعة والعارية
ومال المضاربة لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء
للمرتهن وحق صاحب الامانة في العين مقصور عليه واستيفاء
العين من عين اخري غير ممكن **ولا بالدرك** لانه ليس بمال مستحق
يمكن استيفاؤه من مالية المرهون **ولا المبيع** في يد البايع لانه
ليس بمضمون الا تري انه اذا هلك لم يضمن البايع شيئا ولكنه
يسقط الثمن وهو حق البايع فلا يصح الرهن به **ولا العبد الجاني**

والمديون

والمديون لانه غير مضمون علي المولي فانه لو هلك لم يلزمه شيء
ولا بالكفالة بالنفس ولا بالقصاص فيها اي في النفس **وفيما
دونها** لان الاستيفاء غير ممكن **ولا بالشفعة** لان المبيع غير
مضمون علي المشتري اذ لو هلك لم يلزمه ضمانه **وانما يصح بدين
ولو كان موعودا** وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف
درهم فقبض الواعد الرهن وهلك في يده قبل ان يقرضه
الفا فانه يهلك مضمونا علي المرتهن حتي يجب عليه تسليم
الالف الي الراهن بعد هلاكه لان الموعود جعل كالموجود
باعتبار الحاجة فكان حاصلا بعد القرض حكما اذ الظاهر
ان الخلف لا يجري في الوعد فكان مفضيا الي الوجود غالبا
ونلحق نحن ومالك **به** اي بالدين في صحة الرهن **الاعيان
المضمونة بنفسها** وهي ان تكون مضمونة بالمثل او بالقيمة
عند هلاكها مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح
عن دم العمد فيصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان
كان قايما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا
بما هو مضمون فيصح ولم يجزه الشافعي الا بدين لازم لعدم
امكان استيفاء العين من المرهون **واجزناه** اي الرهن **براس
مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه فان هلك في المجلس
صار** المرتهن **مستوفيا** حقه بهلاك الرهن عنده وتم الصرف
والسلم لوجود القبض حكما ولم يجزه زفر لانه لو صح لصار مستوفيا
به وهو استبدال لعدم المجانسة والاستبدال بهما لا يجوز ولنا
انه رهن بدين مضمون فيصح وانما يصير مستوفيا باعتبار ماليته

والمجانسة ثابتة باعتبار المالية فيتحقق الاستيفاء فان قيل فعلى
هذا يصح الاستبدال في راس مال السلم وقرينيه لثبوت
المجانسة من حيث المالية في جميع الصور وتنتفي حرمة الاستبدال
حينيذ قلنا انما تعتبر المجانسة من حيث المالية في صورة الرهن
لا غير وانما كان كذلك لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير
مستوفيا عين حقه حكما لا مستبدلا لما ذكرنا ان عين الرهن
لا يكون مملوكا للمرتهن ولهذا قلنا لو كان عبدا فمات كان كفنه
علي الراهن وانما يصير مستوفيا دينه من ماليته والاعيان في الرهن
باعتبار صفة المالية جنس واحد وان افترقا قبل هلاكه وهو
اي الرهن براس المال او ثمن الصرف بطلا اي عقد الصرف
والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما ويبقي الرهن بالمسلم
فيه بعد الفسخ اي فسخهما عقد السلم رهنا براس المال
حتي يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن
يكون رهنا بقيمته لان للبدل حكم المبدل وان هلك الرهن
بعد الفسخ يهلك بالمسلم فيه لا براس المال لانه مرهون
به حقيقة وانما ظهر اثره في راس المال في الحبس لانه بدله
او قايم مقامه فاذا هلك يهلك بالاصل كمن باع عبدا وسلمه
واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له حبسه لاخذ المبيع لان الثمن
بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا ويصح رهن
الحجرين اي الذهب والفضة ورهن المكيل والموزون
لانها محل للاستيفاء فيكون محلا للرهن فان رهنت بجنسها
هلكت بمثلها من الدين وزنا والجودة ساقطة عند ابي حنيفة

اذا تفاوتا

اذا اتفقا وتافيها اذ لا عبرة للجودة في الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها فيصير مستوفيا لحقه باعتبار الوزن دون الجودة وهما
اعتبراها فيضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنا مكانه
لانه لو صار مستوفيا لتضرر فلو رهن قلب فضة وزنه
عشرة وقيمته ثمانية بعشرة فهلك فهو بها اي بالعشرة
عند ابي حنيفة اعتبارا للوزن وبه وفاء بالدين وضمنا المرتهن
قيمته ذهبا وجعلاها رهنا مكانه لانه لو صار مستوفيا كل
الدين باعتبار الوزن لبطل حق المرتهن في الجودة فيتضرر به
ولو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبار اللقيمة لصار مستوفيا
ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربوا فلهذه الضرورة
صرنا الي التضمين بخلاف جنسه وقلنا ينتقض الاستيفاء بنقض
وجعل كانه لم يهلك ولانه كما يجب مراعاة حقه في الوزن
يجب مراعاة حقه في الجودة الا ترى ان الراهن لو اراد قضاء
دينه بما هو دون حقه لا يملك ذلك بغير رضي المرتهن
فاذا تعذر جعله مستوفيا يجعل كالمقبوض بغير اذن المالك
فيكون مضمونا بالقيمة علي القابض اذا هلك وابو حنيفة
يقول ضمان الرهن ضمان استيفاء والاستيفاء يكون بالوزن
وفي القلب وفاء بالدين فيجعل مستوفيا كمال حقه علي معنى
انه لما قبض الرهن مع علمه ان بهلاك الرهن يصير مستوفيا
دينه باعتبار الوزن فصار كانه رضي بدون حقه في صفة
وفي الحقيقة هذه المسئلة نظير مسئلة الجامع الصغير
اذا كان له علي غيره عشرة جياد فاستوفاها وهلكت في يده

ثم علم ان المستوفي كان زيوفا يسقط حقه عند ابي حنيفة ويضمن
مثل المقبوض ويرجع بحقه عند ابي يوسف وذكر قول محمد
في تلك المسئلة كقول ابي حنيفة قال عيسي وهو قول الاول
اما قوله الآخر فهو كقول ابي يوسف علي قياس ما ذكره في
كتاب الرهن اذ لا فرق بين الفصلين فان الرهن مقبوض
للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهناك
المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء
عند ابي حنيفة لمكان الجودة فكذلك الرهن وعندهما هناك
يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه
في الجودة فكذلك في الرهن فان قيل كيف يستقيم هذا البناء
وهناك عند القبض لو كان عالما بصفة المستوفي يسقط حقه
عندهم جميعا وهنا عند قبض الرهن هو عالم برداءة المقبوض
قلنا نعم ولكنه عند قبض الرهن ما كان يعلم انه يهلك في يده
فيصير مستوفيا به حقه وانما يتم الاستيفاء عند هلاك الرهن
فبمجرد قبض الرهن لا يتم رضاه بسقوط حقه عن الجودة عندهما
بمنزلة ما لو قبضه للاستيفاء حقيقة ولا يعلم انه دون حقه
في الجودة كذا في المبسوط وقال في الكافي والاصح ان هذه
مسئلة مبتداة لان محمدا مع ابي حنيفة في تلك المسئلة
في المشهور ومع ابي يوسف في هذه المسئلة والفرق لمحمد
انه قبض الزيوف ثمة ليستوفي حقه من عينها والزيافة
لا تمنع صحة الاستيفاء فيتم الاستيفاء ويلزم بالهلاك وفي
الرهن ما اخذه ليستوفي من عينه الدين بل ليستوفي من محل آخر

فلابد

فلابد من نقض القبض وقد امكن نقضه باداء الضمان **ولو انكسر**
القلب **وقيمته عشرة فانتقصت** بالكسر **فكه** الراهن **بدينه**
كله **ان شاء** وترك حقه من النقص **والا** اي وان لم يشاء
حكم محمد **بجعله** اي القلب **به** اي بالدين ويصير ملكا للمرتهن
بدينه وليس للراهن ان يضمنه قيمته لانه لو هلك ضمن بالدين
اتفاقا فكذا اذا انكسر اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك
وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار في معنى الهالك
حقيقة ولانه بنفس القبض صار مضمونا بالدين اتفاقا علي
وجه يتقرر الدين بالهلاك فلا يجوز ان يكون مضمونا بالقيمة
لان العين الواحدة لا تجوز ان تكون مضمونة بضمانين مختلفين
وهما حكما **بتضمين قيمته** ولو من جنسه لانه لا يتمكن
فيه الربوا ويكون **رهنا مكانه** اي مكان القلب **ويملك**
هو **المكسور** ولا يجبر الراهن علي الفكاك لانه ان ذهب
شيء من الدين بذهاب الجودة يصير قاضيا دينه بالجودة
علي الانفراد وهي لا قيمة لها عند الانفراد ولو الزمناه
الفكاك بجميع دينه من غير ذهاب شيء من الدين مع
النقصان حقيقة يتضرر الراهن لفوات حقه في الجودة
فيتخير علي الوجه الذي بينا واما الاستيفاء عند هلاك
الرهن فاستيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك
فطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة
بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق
الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا

الضمان

للمرتهن وان كانت قيمته اثنتي عشرة للجودة والصناعة
وانتقص سدسها بالانكسار فعليه اي فعلى المرتهن
قيمته ذهبا ويكون رهنا مكانه عند ابي حنيفة لان من اصله
ان المعتبر هو الوزن والصنعة تبع الموزن وليس فيه فضل على
الدين فكان كله مضمونا بالدين وثبوت الحكم في التبع بثبوته
في الاصل فمن ضرورة كون الاصل كله مضمونا كون الجودة
كلها مضمونة وحالة الانكسار ليست بحالة استيفاء الدين
عنده فيكون ضامنا جميع القيمة من خلاف جنسه كما في المغصوب
وروي بشر عن ابي يوسف مثل هذا ولكن ظاهر مذهبه
ما اشار اليه بقوله ويضمنه ابو يوسف خمسة اسداس
قيمته اي قيمة القلب من خلاف جنسه ويميز سدس المكسور
فينضم الي ما ضمن ويكون قيمته رهنا مع سدسه وانما يميز
للتحرز عن الشيوع لما بينا ان الطاري كالمقارن وهذا لان
من اصل ابي يوسف ان الضمان والامانة تشيع في الوزن
والجودة لان الجودة والصنعة لهما حكم المالية مع الاصل ولهذا
لو باع الوصي قلب اليتيم بمثل وزنه لا يجوز واعتبر تصرف المريض
فيه من الثلث فكانت زيادة القيمة فيه بالجودة كالزيادة في
الوزن فامكن اعتبارها فيصير كانه رهن اثني عشر درهما
بعشرة فكان خمسة اسداس المرهون قدرا وصياغة مضمونة
وسدسه قدرا وصياغة امانة فكان الهلاك عليهما بالقسط
والتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون
يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده فيضمن

قيمة

والصياغة

قيمة خمسة اسداسه من خلاف جنسه لهذا والزمه محمد
بفكه اي فك الرهن بقضاء جميع الدين ان لم يزد نقصه
بالانكسار على السدس اي سدس القلب فان زاد
النقص عليه خيره محمد بين جعله اي جعل القلب بالدين
وبين فكه به اي بالدين كله لان الوزن مضمون والجودة امانة
للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه وصفة
الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل
والتبع في مقابلة التبع وهذا لان الصنعة مال من وجه كما
قرره ابو يوسف لانها مال تبعا للاصل ولكن ليس لها حكم
المالية والتقوم منفردا عن الاصل كما ان حكم الرهن فيما
هو امانة ثابت من وجه وهو الحبس بالدين وليس بثابت
في حكم الضمان فاذا كانت الامانة هنا في الصنعة قلنا اذا لم
ينتقص بالانكسار اكثر من درهمين يكون الفايت امانة
فيجبر الراهن على فكاكه وان انتقص اكثر من ذلك فقد فات
شيء من المضمون وحالة الانكسار عند محمد معتبرة بحالة
الهلاك وبالهلاك يصير مستوفيا دينه فكذا بالانكسار
يصير مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا ولو باع ارضا
على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع على ان
يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس
انه صفقة في صفقة وقد نهى النبي عليه السلام عنه
ولانه شرط لا يقتضيه العقد لان ما يقتضيه يجب بالعقد

انهما

بدون الشرط كتسليم المبيع وتسليم الثمن علي المشتري وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وقد مرّ انه يفسده العقد وجه الاستحسان
انه شرط ملايم للبيع لان المقصود بالكفالة والرهن التوثق بالثمن
فاشتراطها في معني اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن فاذا
كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا المعني وهو
الملايمة فصححنا العقد وان لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا
او كان الكفيل غايبا حتي افترقا اعتبرنا عين الشرط فيفسد لانه
لم يبق معني الكفالة والرهن للجهالة فان امتنع المشتري من تسليمه
للبايع نفينا لزوم دفعه اي الرهن اليه والزمه زفر بتسليمه لانه
لما شرط في عقد البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة
في الرهن فيلزم بلزومه قلنا عقد تبرع من جانب الراهن ولا
جبر علي المتبرع وانما يصير حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد
بعد والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ما لم
يسلمه فلان لا يصير لازما بالوعد اولي فيترك البايع الرهن
ان شاء لانه حقه فله تركه او يفسخ البيع لانه وصف مرغوب
فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن
حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا مكانه لان
يد الاستيفاء انما تثبت علي المعني وهي القيمة اذ الصورة امانة
ولو رهن عبدين بالف لا ياخذ احدهما بقضاء حصته
من الدين حتي يؤدي باقي الالف لان العقد صفقة واحدة
فيكون كل جزء مما تناوله العقد محبوسا بجميع الدين فما لم يقض
كله لا ينعدم المعني المثبت لحق الحبس في شيء من الرهن كما في البيع

وكذا

وكذا لو سمي لكل منهما قسطا علي ما ذكر في الاصل لا الزيادات
يعني قال فيها له ان يسترد ما ادي حصته في هذه الصورة
قال الحاكم فما ذكر في الزيادات قول محمد وما ذكر في الكتاب
قول ابي يوسف وكان ابوبكر الرازي ينكر ما ذكره ويقول ذكر
ابن سماعة في نوادره عن محمد مثل ما اجاب به كتاب الرهن
والصحيح ان في المسئلة روايتين وجه رواية الاصل ظاهر
فان المرهون محبوس بالدين كالمبيع بالثمن ثم في المبيع لا فرق
في حكم الحبس بين تفصيل الثمن والاجمال حتي انه اذا
اشتري شاتين كل واحدة منهما بعشرة فنقد عشرة لم يكن له
ان يقبض واحدة منهما فكذلك الرهن ووجه رواية الزيادات
ان بتفرق التسمية تتفرق الصفقة في الرهن بدليل انه
لو رهن عبدا بالف درهم كل نصف بخمسماية فانه لا يجوز
ولو رهن عبدا من رجلين نصفه من كل واحد منهما بدينه
لا يجوز بخلاف حالة الاجمال فعرفنا ان الصفقة تتفرق
في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل شاة بعقد
علي حدة بخلاف البيع فهناك لا تتفرق الصفقة بتفرق التسمية
بدليل انه لو باع عبدين بالف كل واحد بخمسماية فقبل في
احدهما دون الآخر لم يجز في حالة الاجمال وهذا لان البيع
عقد تمليك والهلاك قبل القبض مبطل للبيع فبعد نقد
بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادي الي
تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه
بخلاف الرهن فان بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به

كما ان بالافتكاك ينتهي حكمه فلو تمكن من استرداد البعض
عند قضاء بعض الدين لا يؤدي الي تفريق الصفقة لان اكثر
مافيه ان يهلك مابقي مابقي فينتهي حكم الرهن فان قيل
هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن في حالة الاجمال
حصة كل شاة من الدين غير معلومة بيقين فاما عند التفصيل
فما رهن به كل شاة معلوم بالتسمية فلهذا تمكن من فكاك
البعض بقضاء بعض الدين وصح رهن عين واحدة عند
رجلين بدين لكل واحد منهما عليه سواء كانا شريكين فيه
او منفرد دين وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن
اضيف الي كل العين في صفقة واحدة ولا شيوع في المحل باعتبار
تعدد المستحق وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل
الوصف بالتجزي فصار محبوسا بدين كل واحد منهما وكان استحقاق
الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير انقسام بينهما بخلاف الهبة
من اثنين عند ابي حنيفة فان هناك لابد من انقسام الحكم
وهو الملك بينهما اذ يستحيل اثباته لكل واحد منهما علي الكمال
في محل واحد فيدخله الشيوع ضرورة وفيما نحن فيه لا حاجة
الي هذا لان العين الواحدة يجوز ان تكون محبوسة بكل واحد
منهما علي الكمال اذ لا تضايق في استحقاق الحبس الا تري
ان الرهن الواحد لا ينقسم علي اجزاء الدين يكون محبوسا كله
بكله وبكل جزء منه فكذا هنا يكون محبوسا بحقهما وبحق كل واحد
منهما فلا يدخل فيه الشيوع فان قضي دين احدهما تبقي العين
رهنا عند الآخر لان جميع العين رهن عند كل واحد منهما

حق كل
حق

من غير

من غير تفرق تسمية ولو ارتهن عينا بالف نصفها بستماية ونصفها
باربعماية او كل نصف بخمسماية لم يجز لتمكن الشيوع في الرهن
باعتبار تفرق التسمية فان كل جزء يصير محبوسا بما سمي لما تقرر
ان الجزء الشايع لا يكون محلا لحكم الرهن وان هلك ضمن
كل منهما حصة دينه لصيرورة كل منهما مستوفيا بقدر
حقه لان الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزي ولو برهن كل
منهما علي ارتهانها وهي في يدهما اي يد المبرهنين والراهن
ميت تكون العين رهنا بينهما عند ابي حنيفة ومحمد
وينفيه اي ابو يوسف كونها رهنا كما لو برهن كل منهما
علي ارتهانها وقبضها من منكر لرهنيتها وجه قوله
وهو القياس ان الحبس للاستيفاء حكم مقصود بعقد الرهن
فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن لا محالة والقضاء بعقد
الرهن علي سبيل الشيوع باطل فكذا القضاء بحكمه ووجه
قولهما وهو الاستحسان ان المقصود بعد موت الراهن
اثبات الاختصاص وهو كونه احق به من ساير الغرماء
دون الحبس وكل واحد منهما يثبت لنفسه الاختصاص
بالعين تباع في دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضي لكل واحد
منهما بالنصف واما في حالة الحيوة فالمقصود هو الحبس وذا مما لا
يحتمل الشركة في العين اذ الشايع لا يدوم حبسه وهو نظير
مالو ادعي رجلان نكاح امراة بعد موتها واقام كل واحد منهما البينة
يقضي لكل واحد منهما بنصف ميراث النساء لان الميراث هو
المقصود وهو مال يحتمل الشيوع والشركة بخلاف حالة الحياة

واحد

لان المقصود ثمة الحل وهو لا يقبل الاشتراك او برهن
زيد علي انه وفلانا ارتهنا هذا الشيء وكذبه فلان في
الارتهان وجحد المدعي عليه الرهنية يحكم ابو يوسف برده
اي برد ما ادعي ارتهانه اليه اي الي الجاحد وهو رواية عن
ابي حنيفة لان دعوي زيد انما تسمع في حق نفسه لا في حق
فلان لعدم ولايته عليه فيصير مشاعا فلا يصح رهنه كما اذا كان
المرتهن واحدا والراهن اثنين فقامت البينة علي احدهما
وحلف الآخر واجازه محمد رهنا في يد المدعي مع ضم عدل وابقاه
اليه الي وقت استيفاء حصته لان بينة المدعي اثبتت الرهن
في حقه وحق فلان وفلان منكر فيصح انكاره في حق نفسه فقط
لعدم قدرته علي ابطال حق المدعي فتصح دعواه الكل في حق
نفسه وان لم يصح في حق المنكر فيثبت الرهن في حقه في الكل
فلا يكون مشاعا فيصح الحكم به وانما ضم اليه عدل في الحفظ لانه
لما ادعي انه رهن بينه وبين فلان فقد اقر بانه لا يد له الا
علي بعضه فيؤاخذ باقراره ولو ارتهنا عينا بدين صدقهما
الراهن عليه وقبضاها ثم قال احدهما لا دين لنا عليه
والعين في يدنا تلجئة واصر الآخر اي استمر متمسكا بتصديق
الراهن علي الدين يبطله ابو يوسف وابقاه محمد في حصة
المصر وهذه المسئلة كالتي قبلها ويجعل ابو يوسف رهن
مستامن في دار الاسلام سُبِيَ باستيلاء المسلمين
علي دار الحرب بعده اي بعد عوده اليها ملكا للمرتهن
بدينه مسلما كان او مستامنا آخر لسبق استيلائه عليه

استيقاء

استيقاء علي استيلاء الغانمين علي الراهن وماله غنيمة بخلاف
مودع المستامن لانه امين لا مستول وابقاه محمد رهنا بحاله
فيباع لايفائه اي ايفاء الدين وياخذ الغانم السابي
الفاضل من ثمنه لان السبي كالموت وبه لا يبطل الرهن
وكلا القولين رواية عن ابي حنيفة ويجوز للاب ووصيه
ان يرهن بدينه الذي عليه مال الطفل في ظاهر الرواية
لان هذا ايداع ابتداء اذ عين الرهن امانة وهو مسيل من الايداع
علي وجه يكون مضمونا علي المودع اولى والمرتهن اشد
حفظا من المودع لما يلحقه من ضرر سقوط الدين عند
الهلاك وقيل ينفيه اي ابو يوسف جواز رهنهما
وهو القياس لانه يقضي دينه من مال الطفل فلا يجوز كما لو
قضاه قصدا ووجه الفرق علي الظاهر وهو الاستحسان ان في
حقيقة الايفاء ازالة ملك الطفل بغير عوض يقابله في الحال
وفي هذا النصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق
وجعل محمد الرهن بدين مظنون الوجوب مضمونا علي المرتهن
اذا تلف عنده ويوافقه ابو يوسف في الظاهر عنه وصار
كتلف رهن علي قيمة عبد قتله الراهن خطأ او قيمة شاة
مذبوحة صورة استهلكها الراهن ثم ظهر ان
العبد والمذبوحة حرا وميتة

باب وضع الرهن علي يد عدل وتوكيله ببيعه

لما فرغ من الاحكام الراجعة الي نفس الراهن والمرتهن ذكر
ما يرجع الي نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفوا حكم

الاصل والمراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن وضع
الرهن عنده **اذا وضعا الرهن عند عدل لا ياخذه احدهما**
منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وتعلق حق المرتهن به
استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر **ولا يبيعه** احدهما
بلا اذن صاحبه اما المرتهن فلعدم ملكه واما الراهن فلتعلق
حق المرتهن بماليته **ويهلك** عند العدل **في ضمان المرتهن**
لان يده في حق المالية يد المرتهن والمضمون هو المالية **ويصح**
توكيله المرتهن او العدل او غيرهما ببيعه اي المرهون
عند حلول الدين لانه توكيل ببيع ماله فيصح وهذا لان
الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب
الاستيفاء اوثق فكان بالجواز احق نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط
لكنها اسقاط والاسقاطات تقبل التعليق وهذا لانه كان
ممنوعا عن التصرف في العين لحق المالك فاذا وكله فقد اسقط
حقه **وان شرط في** صلب **العقد لم ينعزل بعزله** اياه
لانه لما شرط في ضمن عقد الرهن صار وصفًا من اوصافه
فيلزم كاصله لان حكم التبع لا يفارق حكم الاصل **ولا ينعزل**
بموت الراهن ولا المرتهن لان التوكيل متي صار لازما
تبعا للرهن يبقي ببقائه فلا يبطل الاصل بموتهما فيبقي
البيع في ضمنه **ويبيعه الوكيل** ولو **بغيبة ورثة الراهن**
للايفاء كما في حال حيوة الراهن بغير محضر منه **وتبطل**
بموته اي بموت الوكيل والرهن علي حالته لان الوكالة
لا يجري فيها الارث وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك

بيعه

بيعه لان الوكالة لازمة فلا تبطل بموته واذا لم تبطل يقوم
وصيه مقامه كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال
عروضا فانه يقوم وصيه مقامه في بيع العروض قلنا للمضارب
ولاية التوكيل في حال حيوته فجاز ان يقوم وصيه مقامه
بعد موته كالاب في مال الصغير والوكيل ليس له حق
التوكيل في حيوته فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته والوكالة
حق علي الوكيل فلا يورث عنه لان الوراثة انما تجري فيما له
لا فيما عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها
حق المضارب **فان لم يكن للراهن وصي امر القاضي**
ببيعه وايفاء الدين عن ثمنه نظرا للجانبين **واذا حل الدين**
والراهن غائب يجبر الوكيل الذي في يده الرهن **علي**
بيعه لما مرّ في وجه لزومه **وان وكل بعد الرهن في الاصح**
وذكر شمس الايمة ان في ظاهر الرواية لا يجبر العدل علي
البيع لان رضي المرتهن في الرهن قد تم بدونه وهذا توكيل
مستانف ليس في ضمن عقد لازم وعن ابي يوسف ان التوكيل
علي البيع بعد الرهن يلتحق باصل العقد ويصير كالمشروط
فيه وقال شيخ الاسلام خواهر زاده وفخر الاسلام البزدوي
هذه اصح لان محمدا اطلق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل
لم يشترط بين كونه مشروطا في اصل عقد الرهن او غير (ولم يفصل)
مشروط فظاهر ما اطلق يدل علي انه يجبر علي بيعه في الحالين
فان باعه الوكيل **واعطي المرتهن ثمنه ثم استحق وضمن**
قيمته للمستحق بهلاكه **رجع بها علي الراهن** ان شاء **او رجع**

بالثمن علي المرتهن وليس له ان يضمنه غيره وحاصله ان
المرهون المبيع اذا استحق فان كان هالكا فالمستحق بالخيار
ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه بالاخذ
وان شاء ضمن العدل لانه بالبيع والاخذ صار غاصبا
فيضمن قيمته اذا عجز عن تسليم عينه فان ضمن الراهن
نفذ البيع والرهن والقضاء لانه مَلَكَهُ باداء الضمان فظهر انه
امر ببيع ملكه وان ضمن العدل فهو بالخيار ان شاء رجع علي
الراهن بالقيمة لانه وكيله فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
ونفذ البيع وصح اقتضا المرتهن الثمن بدينه وان شاء العدل
رجع علي المرتهن بالثمن لانه لما استحق ظهر ان المرتهن اخذ
الثمن بغير حق وقد ملك العدل الرهن حتي ضمن قيمته ونفذ
بيعه عليه فصار الثمن له وانما دفعه اليه علي ظن انه ملك
الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به
عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن علي الراهن
بدينه هذا اذا كان هالكا وان كان قايما في يد المشتري اخذه
المستحق منه لانه وجد عين حقه ثم يرجع المشتري علي العدل
بالثمن لانه العاقد وحقوق العقد تتعلق به وهذا من حقوقه
لانه وجب به ثم العدل ان شاء رجع علي الراهن بالثمن
لان هذه عهدة لحقته من جهته فيجب عليه تخليصه واذا
رجع عليه نفذ قبض الراهن وسلم المقبوض له وان شاء
رجع علي المرتهن لانه لما انتقض العقد بطل الثمن واذا رجع
عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين علي الراهن كما كان

فيرجع

فيرجع به عليه ولو لم يسلم الثمن الي المرتهن لم يرجع عليه لانه في
البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض فاذا لم يقبض بقي
الضمان علي الموكل وان استحق الرهن بعد هلاكه عند المرتهن
فان ضمن المستحق الراهن قيمته هلك بالدين لانه ملكه
بالضمان من وقت وجوبه وهو الغصب وغصبه كان قبل الرهن
فاذا ملكه من ذلك الوقت صح الرهن لانه تبين انه رهن ملك
نفسه وصار المرتهن مستوفيا دينه بهلاكه وان ضمن
المرتهن رجع علي الراهن بالقيمة اي بقيمة الرهن لانه
مغرور من جهته والمغرور يرجع علي الغارّ بما لحقه من الضمان
وبكل الدين ايضاً لانتقاض قبضه فيعود حقه كما كان
فان قيل لما كان قرار الضمان علي الراهن برجوع المرتهن عليه
والملك في المضمون يثبت لمن يستقر الضمان عليه فيتبين
انه رهن ملك نفسه واما المستحق فانما يضمن الراهن
ابتداء قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي والجواب عنه ان المرتهن
يرجع بالضمان علي الراهن بسبب الغرور وهو انما يحصل بالتسليم
الي المرتهن وانما يملك العين من هذا الوقت وعقد الرهن
سابق عليه فلا يكون راهنا ملك نفسه واما المستحق فانما
يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا بتسليمه فيملكه من
ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده ولان الراهن انما
يتلقي الملك في الرهن من جهة المرتهن بملكه اولا ثم ينتقل
اليه كما في الوكيل بالشراء كانه اشتراه من المستحق ثم باعه
للراهن وهذا لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن

فصار كما لو ضمن الراهن ابتداء

يملك المضمون ضرورة ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن
ينتقل اليه من جهة المرتهن يملكه من وقت القبض
لانه بالقبض صار غاصبا فيملكه الراهن بعده من
جهته فيكون ملك الراهن متاخرا عن عقد الرهن والله تعالى اعلم

باب التصرف في الرهن والجناية منه وعليه

لما كان توقف بيع الرهن والجناية منه وعليه عارضان اخرهما
فقال يتوقف لزوم بيع الراهن الرهن على اجازة المرتهن
وعن ابي يوسف انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف في خالص ملكه
ولنا انه تعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته وان تصرف
الراهن في ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث
على اجازة الورثة لتعلق حقهم به او قضاء دينه لزوال
المانع فان اجازه اي المرتهن البيع انتقل حقه في الحبس
الى بدله في الصحيح وعن ابي يوسف ان المرتهن ان شرط عند
الاجازة ان يكون رهنا كان رهنا والا لا لانه اذا اجازه
بهذا الشرط لم يرض ببطلان حقه عن الاصل وان يكون
متعلقا بالبدل واذا لم يشرطه فقد اسقط حقه عن المرهون والثمن ليس بمرهون
فلا يتعلق حقه به وجه الظاهر ان خروجه عن الرهن بالبيع
والبيع اوجب الزوال الى بدل فيتعلق حقه به شرط او لا
كما لو استهلكه انسان فانه يتعلق حقه بقيمته وهذا لان
حقه متعلق بماليته وهي باقية لقيام البدل مقام المبدل
الا ترى ان العبد المديون اذا بيع برضى الغرماء ينتقل
حقهم الى البدل لرضاهم بالانتقال لا بالسقوط اصلا فكذا هذا

وان رده اي البيع لم ينفسخ في الاصح من الروايتين واليه
اشار في الجامع الكبير لان التوقف مع المقتضي للنفاذ انما كان
لصيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد
موقوفا وروى ابن سماعة عن محمد انه لو فسخه ينفسخ حتى لو افتكه
الراهن لم يبق للمشتري عليه لانه يملك الاجازة فيملك الفسخ
كالمالك لان حقه يضاهي الملك ثم ان شاء المشتري صبر حتى
يفتكه الراهن لان المانع على شرف الزوال وان شاء رفع الامر
الى القاضي ليفسخ العقد لحكم العجز عن التسليم وولاية الفسخ
الى القاضي لا اليه كما في العبد الآبق بعد البيع قبل التسليم
وينفذ اعتاقه عندنا ولو كان معسرا كاستيلاده وتدبيره
ونفى الشافعي ومالك نفاذه اذا كان معسرا لانه تصرف في
حق المرتهن بالابطال فكان مردودا كالبيع بل اولى لانه
اسرع نفاذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون الاعتاق
بخلاف ما اذا كان موسرا لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين
ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو اعتاقه لعدم
اذن المرتهن كاعتاق المشتري المبيع قبل قبضه وهذا لان
موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن او حق البيع
بالدين على اختلاف الاصلين وشيء من ذلك لا ينافي
ملك العين دون اليد فان قيل في تنفيذه ابطال حق المرتهن
فلا ينفذ كالبيع قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن
حق فقضية الحقيقة تستدعي النفاذ وقضية الحق تستدعي
عدمه فرجحنا جانب الحقيقة على الحق لانها اقوى على انه انما

بطل حقه ضرورة بطلان ملك الرقبة لان يبطل اصلا
بالاعتاق وصار كاعتاق العبد المشترك بل اولي لان ملك
الرقبة اقوي من المرتهن لان له ملك اليد والرقبة وهذا
ملك اليد فقط فاذا لم يمنع الاقوي الاعتاق فلان لا يمنع
الادني اولي **ويطالبه** المرتهن **بالدين لو حالا** عليه ولا
يضمنه قيمته لانه لو ضمنه قيمته وهو من جنس حقه لوقع
فعله استيفاء فلم يكن في التضمين وانه يقع استيفاء لعين
حقه فايدة الا اذا كان الدين من خلاف جنس القيمة
وتوخذ منه قيمته اي المعتق **وتجعل رهنا مكانه لو** كان
الدين **مؤجلا** لان تصرفه وان صادف ملكه الا انه تعدي
الي حق المرتهن فيجب الضمان ويكون رهنا قايما مقامه
دفعا للضرر عنه فاذا حل الدين اقتضاه بحقه لو من جنسه
ورد الفضل **ولو كان المعتق معسرا سعي العبد** للمرتهن
في الاقل من قيمته ومن الدين وقضي به الدين الا اذا
كانت من خلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الي حقه
من جهة المعتق وجب الرجوع الي من ينتفع بالعتق وهو
العبد لانه صاحب محل التلف والمحال في حكم الشروط ومتي
تعذر تضمين صاحب السبب بضمن صاحب الشرط كالحافر
مع الدافع **ثم يرجع** بما سعي للمرتهن **عليه** اي علي مولاه
اذا ايسر لانه سعي في دين عليه بالزام الشرع مضطرا
ومن قضي دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه بما يحمله **ولو
استهلكه** اي الرهن **اجنبي ضمنه المرتهن قيمته** يوم

استهلكه

استهلكه **وتكون رهنا عنده** لانه احق بعين الرهن حال قيامه
فكذا في استرداد ما قام مقامه **ويخرج من ضمانه باعارته** اياه
للراهن او لغيره باذنه لان الضمان باعتبار القبض وقد زال قبضه
ويد للراهن وهو غير مضمون لا يكون يد المرتهن وهو مضمون
لمنافاة بينهما فان هلك في يد الراهن او المستعير هلك بغير
شيء لفوات القبض الموجب للضمان ولو اعاره للمرتهن فان هلك
في حالة العمل يهلك بغير ضمان لان يد العارية تخالف يد الراهن
بالضمان وعدمه فاذا ثبتت يد العارية بالاستعمال انتفي الضمان
وان هلك قبل الاخذ في العمل او بعد الفراغ منه يهلك في
ضمان المرتهن لبقاء يد الراهن قبل العمل وعودها بعد الفراغ
ويعود الضمان عليه **باستعادته** الي يده اما استرجاعه
فلان عقده باق لا في حكم الضمان في الحال ولهذا لو هلك الرهن
قبل رده الي المرتهن كان احق به من ساير الغرماء واما
ضمانه فلانه عاد القبض بحكم الرهن فيعود بصفته وهو الضمان
ويصح استعارة ثوب ونحوه **ليرهنه** قليلا كان ما رهنه
او كثيرا عند الاطلاق عملا به وانما صح لانه متبرع باثبات
ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين وهو قضاء الدين
فان عين له قدرا او جنسا يرهنه به **او** عين **شخصا** كزيد
او بلدا كمكة **فخالف** امره وتلف **ضمن** المعير **المستعير
او المرتهن** قيمته للمخالفة لان التقييد مفيد في المنع من الزيادة
والنقصان وهذا لانه اذا رهنه باكثر منه ربما يرضي
المعير يكون ملكه محبوسا بما يسهل عليه او علي المستعير

قضاؤه دون ما لا يسهل واذا رهنه باقل ربما يرضى المعير
بان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع
هو علي المستعير بذلك فاذا رهنه باقل فعند الهلاك
انما يرجع المعير علي المستعير بذلك القدر فلم يحصل غرضه
وكذلك التقييد بالجنس والمرتهن والبلد لان كل ذلك
مفيد لتيسير البعض بالاضافة الي البعض وتفاوت الاشخاص
في الامانة والحفظ ثم ان ضمن المستعير تمّ عقد الرهن
بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه
رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمن
وبالدين علي الراهن لما مرّ من صيرورته مغرورا
وان وافق المعير فيما عينه له وهلك عند المرتهن
صار مستوفيا دينه لما مرّ ويضمن للمعير قدر ما سقط
عنه من الدين لا قيمة الرهن ان كانت اكثر لان الزيادة
امانة وانما يضمن لصيرورته قاضيا دينه بهذا القدر
وهو الموجب للرجوع دون القبض لانه برضاه وكذلك
ان اصابه عيب فانه يسقط من الدين بحسابه ويجب
لرب الرهن عليه بقدر ما سقط من الدين لما قلنا وان
هلك قبل رهنه او بعد فكه لا يضمنه لانه حفظه
في الحالين باذن مالكه وبالهلاك قبل الرهن او بعد
الفكاك لم يصر قاضيا شيئا من دينه بماليته والضمان
انما يتعلق باعتبار استيفاء الدين منه ولم يستوف ولا يمنع
المرتهن اذا افتكه المعير بقضاء دينه لانه غير متبرع

حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع علي الراهن بقدر قيمته بخلاف
ما اذا تبرع اجنبي بقضاء الدين فان لرب الدين ان لا يقبل
منه لانه متبرع لا يسعي في تخليص ملكه او تفريغ ذمته وجناية
الرهن علي المرتهن خطأ هدرٌ عند ابي حنيفة كجنايته
علي الراهن خطأ لعدم استيجاب المولي علي عبده مالا و
كجنايته علي مالهما اما المولي فلما قلنا واما المرتهن فلعدم
الفايدة في اعتبارها واعتبراها اي جنايته علي المرتهن
خطأ كالعمد اي كاعتبار جنايته عليهما عمدا وكاعتبار
جنايتهما عليه اي علي الرهن وجه قولهما ان المرتهن
غير مالك للعين والمستحق بالجناية ملك العبد واذا كان
المرتهن كاجنبي آخر تعتبر جنايته عليه كما تعتبر علي غيره
وهذا علي اصلهما مستقيم فان عندهما جناية المغصوب
علي الغاصب معتبرة فكذا جناية المرهون علي المرتهن
لان كل واحد منهما ضامن من غير مالك ثم في اعتبار هذه
الجناية فايدة للمرتهن لانهما اذا اختار الدفع يملك المرتهن
العين او من يخلفه ان قتل وان سقط حقه في الدين
لان تضمين الراهن الدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون
له في ملك العين غرض صحيح فيستفيد ذلك باعتبار الجناية
وربما يكون بقاء الدين انفع له ففي اثبات الخيار له توفير النظر
عليه وابو حنيفة يقول المرتهن في الرهن اذا كانت قيمته
مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنايته عليه وهذا لان
الاصل ان حق المجني عليه في بدل الفايت وهو الارش

الا ان للمولي ان يخلص نفسه من ذلك بدفع العبد ان شآء
ولا يمكن اعتبار جنايته علي المرتهن في استحقاق اصل البدل
لانه لو وجب ذلك كان قراره عليه ولا يجب له على نفسه ارش
الجناية ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة ثبات الملك له في العبد ثبوت ٢
فان ذلك لا يكون الا باختيار الراهن وهو لا يختار ذلك خصوصا
اذا لم يكن عليه من الفدآء شئ فصار هدرا وجنايته علي مال
المرتهن سوآء وفرق ابو حنيفة بين هذا وبين جناية المغصوب
علي المغصوب منه او علي الغاصب والمرهون مضمون علي المرتهن
كما ان المغصوب مضمون علي الغاصب فسوّي بينهما في جانب
الضمان فقال لا تعتبر جناية المرهون علي المرتهن كما لا تعتبر
جناية المغصوب علي الغاصب وفرق بينهما في جانب الملك
فقال ضمان الغصب اذا تقرر وجب الملك فاذا اعتبرنا جنايته
علي المغصوب منه واستقر الضمان علي الغاصب تثبت الملك
له من وقت الغصب فتبين ان العبد جني علي غير مالكه فلهذا
اعتبر واضمان الرهن وان تقرر علي المرتهن لا يوجب الملك له
في العين فلا يتبين به ان جنايته كانت علي غير مالكه فلهذا
كان هدرا فصار الحاصل ان المرهون من حيث انه مضمون
المالية كالمغصوب ومن حيث ان عليه امانة كالوديعة
فلاعتبار انه كالامانة من وجهٍ تجعل جنايته علي المالك
هدرا ولاعتبار انه كالمغصوب من وجهٍ تجعل جنايته علي
الضامن هدرا ولو رهن عبدا يساوي الفا بالف فرجع
سعره الي ماية فكّكناه بالالف لا بماية فقط كما قال زفر

واحتج

واحتج بان نقصان المالية بتغير السعر كنقصانها بتغير البدن
وهذا لان الضمان الثابت بالرهن باعتبار المالية دون العين
فانه ضمان استيفآء والمالية تنتقص بنقصان السعر ولنا العيب ٢
ان نقصان السعر عبارة من فتور غبات الناس وذا غير معتبر
في شئ من العقود ولهذا لا يثبت الخيار للمشتري بنقصان
السعر ولا يسقط شئ من الثمن ولو انتقص سعر المغصوب
لا يضمن الغاصب شيئا بخلاف نقصان البدن لان يد المرتهن
يد استيفاء وبفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه وان
قتله رجل حرٌّ بعد نقصان سعره ضمنه المرتهن مايةً
لان المتلف تعتبر قيمته يوم الاتلاف اذ الجابر بقدر الفايت
واخذها من حقه قضاء بمثلها من الدين لانه ظفر بجنس
حقه في ذلك القدر ويسقط الباقي من دينه لان الفضل
علي المائة توي في ضمان المرتهن فصار هالكا بالدين وان
باعه بامره اي بامر الراهن بمائة قبضها من حقه لما قلنا
ورجع بتسعمائةٍ لانه لما باعه باذنه صار كانه استرده و
باعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقي الدين الا
بقدر ما استوفي فكذا هذا وان قتله عبد يعدل مائة
فدفع به افتكه الراهن جبرا عليه بكل الدين ولا خيار له
بين ان يفتكه او يدفعه بكل الدين عند ابي حنيفة وابي يوسف
وخيّره محمد بين فكه بالدين وبين جعله به وهو المختار
وما عينا فكه بماية وسقوط تسعمائة كما قال زفر واحتج بان
النقصان حصل في ضمان المرتهن وكان محسوبًا عليه كما لو تراجع

سعر الاول الي ماية ثم قتله حرٌ فغرم قيمته ماية فانه يسقط من الدين
تسعماية ويا خذ المرتهن ماية قضاء بمثلها لما قلنا ولنا ان العبد
المدفوع قام مقام الاول بلحمه ودمه لانه بدله فصار كان
المقتول قايم وتراجع سعره ولو كان الاول قايما وتراجع سعره
لم يسقط شئ من الدين عندنا لما بينا فكذا اذا قام المدفوع مقامه
واحتج محمد بان الثاني وان قام مقام الاول فقد تغير عن اصله
لانه غيره في الحقيقة والتغير لا بدّ من ان يوجب الخيار لانه
في ضمان المرتهن كما لو قتل المبيع في يد البايع فدفع به فانه
يخير المشتري وكذا اذا قتل المغصوب وقيمته الفٌ عبدٌ
قيمته ماية فدفع به فالمغصوب منه بالخيار بين ان يتركه
علي الغاصب وبين ان ياخذه ولو تراجع السعر في الصورتين
ولم يقتل لم يخير كذا هنا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس
العبد لقيام الثاني مقام الاول لحمًا ودمًا ولو كان الاول قايما
وتراجع سعره لم يكن له خيارٌ فكذا هنا وان جني الرهن
خطأ فداه المرتهن بلا رجوع علي الراهن بشئ من الفداء
لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها فاذا فداه
بقي رهنا علي حاله فان ابَي منه دفعه الراهن بالجناية
او فداه ان شاء لان ملك الرقبة للراهن وانما يدل المرتهن
بالفداء لقيام حقه فاذا ابَي عنه طولب الراهن بحكم الجناية
ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء ويسقط الدين لانه
استحق لمعني في ضمان المرتهن فصار دفعه الي ولي الجناية
كالهلاك وفداؤه كالحاصل له بعوض كانه اشتراه منه والله سبحانه

وتعالي

وتعالي اعلم

فصــــــل

هذا الفصل
كالمسائل المتفرقة التي تذكر في آخر الكتب رهن عصيرا
قيمته عشرة بعشرة فتخمَّر عند المرتهن ثم صار خلا
يساوي عشرة يبقي رهنا بها وهذا الان عقد الرهن
لم يبطل بالتخمر لان ما صلح محلا للبيع صلح محلا للرهن
لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لا يصلح محلا
لابتداء البيع ويصلح لبقائه فان من باع عصيرا فتخمر في يد البايع
يبقي البيع الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع كما لو تعيب
فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان
لم يكن او رهن شاة كذلك يعني قيمتها عشرة بعشرة
فماتت ودبغ جلدها فساوي درهما يبقي رهنا به
اي بدرهم لان بموت الشاة لم يبطل عقد الرهن بل
صار المرتهن مستوفيا وبالاستيفاء يتاكد الرهن فاذا عادت
المالية بالدفع صادفت عقدا قايما فيثبت فيه حكمه بقسطه
لانه حي بعض المحل او رهن عبدا يساوي الفا بالف
فدفع عبدا آخر مثله بدله رهنا يبقي الاول رهنا
علي حكمه حتي يرده الي الراهن لكونه في ضمانه ما دام في
يده والعبد الثاني امانة حتي يجعله مكان الاول لان
الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان
فلا يخرج عن ضمانه الا بنقض ما دام الدين باقيا واذا
بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا
بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني

في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن
علي الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب
عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة علي ما بينا
ولو قبض المرتهن الدين او بعضه من الراهن او قبضه من
غيره بتطوعه عنه او اشتري به اي بالدين عينا من الراهن
او صالح عنه بشئ وقبضه او احتال به علي آخر ثم هلك الرهن
عنده اي عند المرتهن هلك بالدين المرهون عليه ورد
ما قبض الي من اخذه منه لما قلنا ان موجب عقده ثبوت
يد الاستيفاء فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فيتبين
انه استوفي مرتين فينتقض الاستيفاء الثاني وبطلت الحوالة
لهلاكه بالدين لان بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحال
عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الي ذمة المحيل اذا
مات المحال عليه مفلسا وفي الهداية ولو تصادقا علي ان
لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين
بالتصادق علي قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء وفصل
في المبسوط فقال واذا تصادقا علي ان لا دين بقي ضمان الرهن
اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا
ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان
الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا علي ان لا دين والرهن
قايم ثم هلك فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفي
الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقي بدون الدين وذكر
شيخ الاسلام الاسبيجابي انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم

هلك

هلك اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا
ولو عاد العبد المرهون من اباقه بعد ما حط الدين به
اي بسبب اباقه اعدناه رهنا كما كان لا ملكا للمرتهن كما
قال زفر واحتج بانه ملكه يجعله بالدين فصار كالمغصوب
ولنا ان الرهن لا يملك بالدين بل يقع بقبضه الاستيفاء من
وجه ويتم عند الهلاك وقد ظهر انه لم يهلك فيبقي محبوسا
بالدين وقلبناه امانة بابرائه اي بابراء المرتهن الراهن
من الدين استحسانا وابقاه زفر مضمونا بالقيمة وهو القياس
لان القبض وقع مضمونا فيبقي الضمان ما بقي القبض ولنا ان
ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا
لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين
والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما
ولهذا لو رد الرهن سقط الضمان لعدم القبض وان بقي
الدين فكذا اذا ابرأ من الدين يسقط الضمان لعدم الدين
وان بقي القبض ولو تبرع احد عن الراهن بالدين الذي
عليه للمرتهن او عن المشتري بالثمن للبايع او عن الزوج
لزوجته بالمهر ثم هلك الرهن عند المرتهن ورد المشتري
المبيع بعيب وطلقها الزوج قبل الدخول بها جعلنا
الدين الذي كان علي الراهن والثمن الذي اداه
المتبرع عن المشتري ونصف المهر المدفوع لها عنه
للمتبرع في الصورة المذكورة لا للمتبرع عنه كما قال
زفر واحتج بان المتطوع قضي عن هولاء فصار كقضائهم

بانفسهم وصار كما لو قضي بامرهم ولنا انه لم يملكه
المؤدي عنه وتبين ان المتطوع ادّي دينا غير واجب
فيجب رده بخلاف ما اذا ادّي بامرهم لانه يرجع عليهم
بما ادي فملكوه بالضمان والله تعالي اعلم

تمّ النصف الاول من كتاب البرهان
شرح مواهب الرحمن ويليه كتاب النكاح
في الجلد الثاني وبه يتم الكتاب انشاء الله تعالى
في يوم الجمعة المبارك وقت العصر ثالث عشر
شهر شوال احد شهور سنة ١١٢٢
اثنين وعشرين ومايه والف
علي يد كاتبه لنفسه ثم لمن
شاء الله من بعده الفقير الي
رحمة ربه الغني ابراهيم بن حسن
ابن محمد امين بن مير غني
البخاري الحسيني الحيدري
كان الله له ورحم والده
والديه وغفر له ولهم
ولاخوانه المسلمين
اجمعين
والحمد لله رب العلمين

ناسخه الفقير الي الله تعالى محمد يوسف علي بن حافظ احمد علي البهوبالي ثم المدني ١٧ شهر شعبان المعظم سنة ١٣٧٤ هجري

هذه فهرسة كتاب البرهان شرح مواهب الرحمن للعلامه الطرابلسي رحمة الله عليه المجلد الرابع